

DIE BETEILIGTEN AN KARTELLVERFAHREN UND IHRE
RECHTSSTELLUNG

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von

PAUL - WOLFGANG HERTIN

aus Berlin

1969

DIE BETEILIGTEN AN KARTELLVERFAHREN UND IHRE
RECHTSSTELLUNG

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von

PAUL - WOLFGANG HERTIN

aus Berlin

1. Berichterstatter:

Prof. Dr. Dr. Rudolf Lukes

2. Berichterstatter:

Prof. Dr. Christian-Friedrich Menger

Dekan:

Prof Dr. Dieter Nörr

Tag der mündlichen Prüfung: 25. April 1969



Inhalt

Vorbemerkungen -----	1
§ 1. Das Kartellverfahren	2
I. Abgrenzung des Kartellverfahrens	2
II. Charakterisierung des Kartellverfahrens	6
III. Die für das Kartellverfahren maßgeblichen Normen und Grundsätze	16
§ 2. Die Beteiligung am Kartellverfahren	24
1. Hauptteil -----	
Der am Kartellverfahren zu beteiligende Kreis von Personen und staatlichen Stellen	34
§ 3. Teilnahmevoraussetzungen	36
I. Die Beteiligtenfähigkeit	36
II. Die Handlungsfähigkeit	40
III. Die Auswirkungen der Kartellverwaltungs- tätigkeit als Grundlage der Beteiligten- stellung	42
1. Auswirkungen auf die Veranlasser von Wettbewerbsbeschränkungen	43
2. Auswirkungen auf Dritte (Außenwirkungen)	46
3. Günstige und ungünstige Auswirkungen	58
§ 4. Anknüpfung und System der Beteiligtenstellung im Kartellverfahren	59
I. Übersicht über die Anknüpfungspunkte	59
II. Gegenüberstellung der Anknüpfungspunkte der Beteiligtenstellung mit den Beteiligten- regelungen in VwGO und ZPO	66
III. Das Beteiligensystem im Kartellverfahren	74

§ 5. Die Voraussetzungen der Beteiligtenstellung nach § 51 Abs. 2 Nr. 1 GWB

I. Die Wirksamkeit des Antrags

II. Die Zulässigkeit des Antrags

1. Formelle Mängel

2. Geltendmachung eines Antragsrechts

§ 6. Voraussetzungen der Beteiligtenstellung nach § 51 Abs. 2 Nr. 2 GWB

§ 7. Voraussetzungen der Beteiligtenstellung nach § 51 Abs. 2 Nr. 3 GWB

§ 8. Die Voraussetzungen der Beteiligtenstellung durch Beiladung, § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB

I. Die formellen Voraussetzungen der Beiladung

II. Die sachlichen Voraussetzungen der Beiladung

1. Die Maßgeblichkeit der sachlichen Voraussetzungen

2. Interessenberührung durch die Entscheidung

3. Bezugnahme auf die sachlichen Voraussetzungen der Anhörungsvorschriften

4. Die beiladungsrelevanten Interessen

5. Die Identität von Interessenträger und Beiladungsanwärter (Beiladung von Verbänden)

6. Die Erheblichkeit der Interessenberührung

7. Bei der Ermessensausübung zu berücksichtigende Gesichtspunkte

8. Führt Art. 19 Abs. 4 GG in bestimmten Fällen zur Einschränkung des Ermessens?

§ 9. Veranlasser und Dritte als Beteiligte an Eingriffs- und Erlaubnisverfahren

I. Die Konzeption des Gesetzgebers

II. Die Erweiterung der Beteiligtenstellung für die in ihren Rechten betroffenen Dritten	160
III. Die Beteiligung sonstiger Interessenten	169
§ 10. Die Beteiligung staatlicher Stellen an Kartellverfahren	172
I. Die Beteiligung des Bundeskartellamtes an Verfahren vor den Landeskartellbehörden gemäß § 51 Abs. 3 GWB	172
II. Die Beteiligung von Landeskartellbehörden an Kartellverfahren	173
III. Die Beteiligung weiterer staatlicher Stellen an Kartellverfahren	176
IV. Ergebnis	182
2. Hauptteil	

Die Rechte der am Kartellverfahren Beteiligten	183
§ 11. Die Mitwirkungsrechte der Beteiligten	183
I. Verrechtlichte Mitwirkung	184
II. Gegenstand der Mitwirkung	186
III. Mitwirkung im schriftlichen und münd- lichen Verfahren	190
1. Das schriftliche Verfahren	191
2. Die mündliche nicht-öffentliche Verhandlung	192
3. Das öffentliche Verfahren	193
IV. Die Mitwirkung im Beweisverfahren	204
V. Rechtsfolgen bei Verletzung von Mitwirkungsrechten	207
§ 12. Die Rechtsmittelrechte der Beteiligten	212
I. Die Legitimation der Beteiligten zur Beschwerdeeinlegung	212

1. Die Legitimation zur Anfechtung	213
2. Die Legitimation zur Untätigkeitsbeschwerde	215
II. Die Beteiligung am Beschwerdeverfahren	222
III. Die Legitimation zur Rechtsbeschwerde	225
IV. Das Recht der Beteiligten, die Unzuständigkeit der Kartellbehörde zu rügen	228
V. Das Recht der Beteiligten auf Information über den Verfahrensabschluß	231

3. Hauptteil

Besonderheiten bei der Beteiligung an einzelnen Verfahren der Kartellverwaltung	232
---	-----

§ 13. Die Beteiligung an Antrags- und Amtsverfahren	232
---	-----

I. Die Dauer des Amtsverfahrens	232
II. Die Dauer des Antragsverfahrens	237
III. Ergebnis	239

§ 14. Die Beteiligung an Nebenverfahren	240
---	-----

§ 15. Die Beteiligung an Widerspruchsverfahren	241
--	-----

I. Die Entscheidungen über den Widerspruch	241
II. Die Dauer des Widerspruchsverfahrens	251
III. Die Beteiligtenstellung im Widerspruchsverfahren	251
IV. Rechtsmittel der Gegner von Widerspruchskartellen	251

A b k ü r z u n g e n

ABl	Amtsblatt
AcP	Archiv für civilistische Praxis
Amtl. Ans.	Amtlicher Anzeiger
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
AVAVG	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, vom 16.7.1927, in der Fassung vom 3.4.1957 (BGBl 1957 I S. 321) mit Änderungen
AVG	(Österreichisches) Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz v. 21. Juli 1925, als AVG 1950 wiederverlautbart durch Kundmachung v. 23. Mai 1950
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Der Betriebsberater
BEG	Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung (Bundesentschädigungsgesetz) in der Fassung des Gesetzes v. 29.6.1956 (BGBl I 559, 562)
BfH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch v. 18.8.1896 (RGBl 195) mit Änderungen
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BLeistG	Bundesleistungsgesetz v. 19.10.1956 (BGBl I 815) i.d.F. v. 27.9.1961 (BGBl I 1769)
BRRG	Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts (Beamtenrechtsrahmengesetz) v. 1.7.1957 (BGBl I 667), i.d. Neuf. v. 1.10.1961 (BGBl I 1835)
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVwG	Bundesverwaltungsgericht
BVwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BVwGG	Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht v. 23.9.1952 (BGBl I 625)

DB	Der Betrieb
DJT	Deutscher Juristentag
DKP	Der Kartell- und Preisdienst
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
EG BGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch v. 18. August 1896 (BGBl III Nr. 400 -1)
EVwVerfG 1963	Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes
f.G.	freiwillige Gerichtsbarkeit
FGG	Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit i.d.F. v.20.5.1898 (RGBl 369, 771)
Frankf.Komm.	Frankfurter Kommentar
GemK	Gemeinschaftskommentar
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v.23.5.1949 (BGBl 1)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 27.7.1957 (BGBl I 1081)
HGB	Handelsgesetzbuch v. 10.5.1897 (RGBl 24)
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
LKartB	Landeskartellbehörde
MA	Der Markenartikel
MRVO	Verordnung der Militärregierung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidung der Oberverwaltungsgerichte
OWiG	Gesetz über die Ordnungswidrigkeit v. 24.5.1968 (BGBl. I S. 481)
RagbO	Reichsabgabenordnung v.13.12.1919 (RGBl 1993) i.d.F.v. 22.5.1931 (RGBl I
RGBl	Reichsgesetzblatt
RWirtschGericht	Reichswirtschaftsgericht
schl-h LVwG	Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Schleswig-Holstein (Landesverwaltungsgesetz vom 18.4.1967 (GVBl. S. 131)
StGB1	Staatsgesetzblatt

StPO	Strafprozeßordnung v. 1.2.1877 (RGBl 253) i.d.F. v. 12.9.1950 (BGBl 629)
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VO	Verordnung
VwArch	Verwaltungsarchiv
VwGG	Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für die amerikanisch besetzte Zone vom 1946/47
VwGC	Verwaltungsgerichtsordnung v. 21.1.1960 (BGBl I S. 17)
VwRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VwVerfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VVDtStL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Entscheidungssammlung der WuW
ZPO	Zivilprozeßordnung v. 30.1.1877 (RGBl 87) i.d.F. v. 12.9.1950 (BGBl 533)
ZZP	Zeitschrift für (bis 62.1942: Deutschen) Zivilprozeß

S c h r i f t t u m

Anschütz, Gerhard, und
Thoma, Richard

Handbuch des Deutschen Staats-
rechts, Bd. 1, Tübingen 1930;
Bd. 2, Tübingen 1932

Antoniolli, Walter

Allgemeines Verwaltungsrecht,
Wien, 1954

Arndt, Adolf

Gesetzesrecht und Richterrecht
NJW 1963, S. 1273

Das rechtliche Gehör, NJW 1959
S. 6

Bachof, Otto

Anmerkung zum Urteil des BVerG
v. 18.8.1960, DVBl 1961, S. 12

Beurteilungsspielraum, Ermesse
und unbestimmter Rechtsbegriff
JZ 1955, S. 97

Die verwaltungsgerichtliche Kl.
auf Vornahme einer Amtshandlung
Tübingen 1951

Nochmals: Verwaltungsverfahren
Verwaltungsgerichtsbarkeit, DV
1958, S. 6

Reflexwirkungen und subjektive
Rechte im öffentlichen Recht
(1955), in: Gedächtnisschrift
Walter Jellinek, München 1955

Wehrpflichtgesetz und Rechtssch.
Eine Untersuchung über Fehlent-
wicklungen der Verwaltungsge-
richtsbarkeit. Tübingen 1957

Ballerstedt, Kurt

Kartellvertrag und Einzelvertr.
JZ 1956, S. 267

Baring, Martin

Die allgemeinen Grundsätze des
Verwaltungsrechts eine Rechts-
quelle? In: Juristenjahrbuch,
6 Bd. 1965/66, S. 27

Bauer, Wilhelm

Die Beiladung nach dem Gesetz
die Verwaltungsgerichtsbarkeit
der amerikanisch besetzten Zonen
Deutschlands, DOV 1949, S. 189

Baumbach, Adolf, und
Hefermehl, Wolfgang

Wettbewerbs- und Warenzeichen-
recht, München und Berlin 1960
8. Auflage

Baumbach, Adolf, und
Lauterbach, Wolfgang

Zivilprozeßordnung und Gericht-
verfassungsgesetz und anderen
Nebengesetzen, München, Berlin
1966, 29. Auflage

- Baur, Fritz Der Anspruch auf rechtliches Gehör, AcP Bd. 153 (1954), S. 393
Einige Bemerkungen zum gerichtlichen Verfahren in Kartellsachen, ZZP Bd. 72 (1959), S. 3
Freiwillige Gerichtsbarkeit. 1. Buch: Allgemeines Verfahrensrecht, Tübingen 1955
- Becker, Franz Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung, Stuttgart 1960
- Bender, Bernd Inhalt und 'Grenzen des Gebots der verfassungskonformen Gesetzesauslegung, MDR 1959, S. 441
- Benisch, Werner Zur Problematik eines gesetzlichen Schutzes des Leistungswettbewerbs, WuW 1955, S. 421
Zur Rechtslage der vertikalen Preisempfehlungen, WuW 1959, S. 3
Die Wahl der Rechtsform bei Kartellen, DB 1961, S. 1089, 1121
Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit, WuW 1961, S. 764
- Benkard, Georg, und Bock, Hans Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, Patentanwaltsgesetz mit den ergänzenden Vorschriften, München, Berlin 1963, 4. Aufl.
- Benkendorff, Gerhard Nochmals: Rechtskontrolle der Verfügungen der Kartellbehörde durch die Gerichte (§ 70 Abs. 4 GWB), WuW 1958, S. 740
- Bernhardt, Rudolf Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte, JZ 1963, S. 302
- Bettermann, Karl-August Das Verwaltungsverfahren, VVDStL Heft 17, S. 118
Über die Beiladung im Streitverfahren oder vom Nutzen der Prozeßvergleichung und einer allgemeinen Prozeßrechtslehre, DVBl 1951, S. 39
- Biedenkopf, Kurt H. Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung. Die Ausschließlichkeitsbindung als Beispiel. Frankfurt a.M. 1958
- Blomeyer, Karl Gerichtsverfassung und Verfahren in Kartellstreitsachen, MDR 1953, S. 129

Blümel, Willy

Buchbesprechung: Becker, Franz: Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung. In: Der Staat 1962, S. 382

Borchardt, Knut/
Fikentscher, Wolfgang

Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkungen, Marktbeherrschung, Stuttgart 1957

Brauchitsch, M.v.

Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Bd. 1, 1: Verwaltungsorganisation und Verwaltungsverfahren, bearbeitet von E. Rasch und W. Patzig; Bd. 1, 2: Verwaltungsgerichtsbarkeit, bearbeitet von C.H. Ule, Köln, Berlin München und Bonn 1962. Bd. 8, s. Jessen

Brüggemann, Dieter

Gesetzesrecht und Richterrecht, JR 1963, S. 162

Buschmann, Ernst Friedr.

Die Verfügungen der Kartellbehörden deren Unterlassen eines Widerspruch bei Anmeldekartellen, BB 1960, S. 1

Bund-Länderausschuß zur
Erarbeitung des Muster-
entwurfs eines Verwal-
tungsverfahrensgesetzes

Das Recht auf Entscheidung über ein Beiladungsantrag in Kartellverwaltungsverfahren, zugleich eine Auseinandersetzung mit der Kammergerichtsentscheidung vom 24.6.1960, DB 1962 S. 227

Daumann, Hans

Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVerfG 1963), Köln und Berlin 1964

Dörffler, Wolfgang

Zur Frage der Beiladung des Staates in Anfechtungssachen, BayVBl 1957, S. 348, 382

Dörinkel, Wolfram

Verwaltungsakte mit Drittwirkung, NJW 1963, S. 14

Buchbesprechung: Borchardt/Fikentscher: Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkungen, Marktbeherrschung, in: WuW 1958, S. 179

Die Auswirkungen des neuen Kartellrechts auf die wirtschaftliche Praxis, WuW 1957, S. 607

Eidliche Vernehmung von Zeugen im Rahmen eines Mißbrauchsverfahrens nach § 17 GWB, MA 1965, S. 743

Engisch, Karl

Einführung in das juristische Denken Stuttgart 1959, 2. Auflage

Ewald, Heinz

Bundeskartellamt und Kartellgesetz WuW 1958, S. 317

- Eyermann, Erich, und
Fröhler, Ludwig
Fellner, Michael
Fikentscher, Wolfgang
Fleiner, Fritz
Flume, Werner
Forsthoff, Ernst
Frankfurter Kommentar
Gemeinschaftskommentar
Gleiss, Alfred
Gleiss, Alfred, und
Hootz, Christian
Graßhoff, Richard
Groeben, Klaus von der
Günther, Eberhard
Gutzler, Helmut
Haueisen, Fritz
- Verwaltungsgerichtsordnung, München,
Berlin 1965, 4. Auflage
Grundfragen des Verwaltungsverfahrens
in: Staatsbürger und Staatsgewalt Bd.
II (1963), S. 345
Zur Regelung des Verwaltungsverfahrens
in den Ländern, VwArch. Bd. 48 (1957)
S. 95
Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen
und Verträge mit Dritten, BB 1956,
S. 793
Wettbewerb und gewerblicher Rechts-
schutz, München, Berlin 1958
Institutionen des Deutschen Verwal-
tungsrechts, 6. und 7. Auflage, Tübin-
gen 1922
Verbotene Preisabsprache und Einzel-
vertrag, WuW 1956, S. 457
Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 8.
Auflage, München, Berlin 1961
Verfahrensvorschriften im Kartellgese-
in Festschrift für Rudolf Isay (1956).
S. 95
s. Kaufmann, Heinz, und Rautmann,
Hans-Günther
s. Müller-Henneberg, Hans, und
Schwartz, Gustav
Wann werden Konditionen-, Rabatt- und
Normenkartelle wirksam? In: NJW 1958,
S. 530
Gesamtumsatzrabattkartell und Außen-
seiterklausel, NJW 1965, S. 228
Der Rechtsstreit zwischen drei und
mehr Widersachern, ZZP Bd. 60 (1936),
S. 242
Empfiehl es sich, den allgemeinen
Teil des Verwaltungsrechts zu kodifi-
zieren? Verhandlungen des 43. DJT
(Sitzungsbericht), Bd. 2 (1962)
Zum Wettbewerbsbegriff des § 1 des
Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschrän-
kungen, MA 1959, S. 269
Ein Weg zur Beschleunigung des Kartell-
verfahrens, WRP 1967, S. 196
Verwaltungsakte mit mehreren Betrof-
fenen, NJW 1964, S. 2037

Heilbling, Ernst

Herrnritt, Rudolf

Huber, Ernst Rudolf

Hüttl, Adolf

Jellinek, Georg

Jellinek, Walter

Jesch, Dietrich

Jessen, Uwe

Jessen, Uwe/Reimann,
Günter/Zweigert, Kurt

Katzke, Hans-Joachim

Kaufmann, Heins, und
Rautmann, Hans-Günther

Klaue, Siegfried

Klinger, Hans

Koch, Eckart

Kochler, Alexander

Köhler, Karl-Heins von

Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen, Bd. 1, Wien 1953

Das Verwaltungsverfahren, Wien 19

Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I und II, Tübingen 1953/54

Zur Auslegung des Rechts, besonders des öffentlichen Rechts - Bahnt es eine Wandlung des Rechtsstils an? In: DVBl 1965, S. 61

Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Neudruck, Bad Homburg 1960

Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Offenburg 1948

Unbestimmter Rechtsbegriff und Erben in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR Bd. (1957), S. 163

Zwei Rechtsfragen bei der Anmeldung von Konditionenkartellen, Rabattkartellen und Normen- oder Typenkartellen, WuW 1960, S. 483

Zur Zulässigkeit der nachträglich Beiladung in Kartellsachen, DB 19 S. 1057

Kartellrecht, in: M. von Brauchitsch, Verwaltungsverfahren des Bundes und Länder, Bd. VIII, Köln, Berlin 19

Einstweilige Anordnungen in Kartellverfahren, NJW 1962, S. 1132

Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Frankf. Komm. Köln 1958/64

Das Kartellrecht in der Praxis, Düsseldorf 1961

Verwaltungsgerichtsordnung, Komm. Göttingen 1964, 2. Auflage

Schadenersatz bei unerlaubten wettbewerbsbeschränkenden Handlungen, deutschem und europäischem Recht, Bad Homburg, Berlin, Zürich 1968

Verwaltungsgerichtsordnung, Komm. Berlin - Frankfurt 1960

Das Kartellverwaltungsverfahren i öffentlichen Recht! In: VwArch. B 54 (1963), S. 262

Gibt es Rechtsbehelfe gegen den unzulässigen Widerspruch bei Anmeldekartellen? In: BB 1960, S. 503

- Köhler, Karl-Heinz von** Zur Abgrenzung des § 98 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, DVBl 1961, S. 605
- König, Hans-Günther** Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im verwaltungsbehördlichen Verfahren, DVBl 1959, S. 189
- Koenigs, Folkmar** Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 1961, S. 1041
- Kreifels, Max** Verfahrensvorschriften im Entwurf des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 1956, S. 936
- Kuhlmann, H.G.** Verfahrenswege bei Verstößen gegen das GWB, WRP 1959, S. 142
- Kull, Edgar** Zur Rechtsnatur des Verfahrens in Kartell-Verwaltungssachen, JZ 1961, S. 68
- Langen, Eugen** Kommentar zum Kartellgesetz, 4. Auflage Neuwied, Berlin, Stand: 1.2.1967
- Larenz, Karl** Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960
- Lent, Friedrich, und Habscheid, Walter J.** Freiwillige Gerichtsbarkeit, München, Berlin 1962, 4. Auflage
- Leo, Hans-Christoph** Zum Begriff der Schutzvorschrift in § 35 GWB, WuW 1959, S. 485
- Lerche, Peter** Zum "Anspruch auf rechtliches Gehör", ZRP Bd. 78 (1965), S. 1
- Loening, Hellmuth** Die gesetzliche Koppelung von unbestimmtem Rechtsbegriff und Ermessensstatbestand bei der Versagung und Entziehung von Begünstigungen, DVBl 1952, S. 197, 235
- Lukes, Rudolf** Der Kartellvertrag. Das Kartell als Vertrag mit Außenwirkungen. München, Berlin 1959
- Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 199
- Zur Funktionsverteilung zwischen Justizgerichten und Kartellbehörden, ZRP Band 68 (1955), S. 4
- Mailänder, Peter** Die Befugnis der Marktbeteiligten zur Rechtsbeschwerde im Kartellverfahren, WuW 1965, S. 657
- Privatrechtliche Folgen unerlaubter Kartellpraxis, Karlsruhe 1965

Mangoldt, Hermann von,
und Klein, Friedrich
Mannlicher, Egbert

Maunz, Theodor , und
Dürig, Günther

Mayer, Franz

Melcher, W.

Melichar, Erwin

Menger, Christian-
Friedrich

Merk, Wilhelm

Merkel, Adolf

Merz, Hans

Mestmäcker, Ernst-
Joachim

Müller, Heinz/
Gries, Gerhard/
Giessler, Peter

Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, Bonn
und Frankfurt 1957

Das Verwaltungsverfahren, Wien 1957,
7. Auflage

Grundgesetz. Kommentar. München,
Berlin 1963

Buchbesprechung: Becker, Franz: Die
allgemeine Verwaltungsverfahren in der
Theorie und Gesetzgebung. In: Bay
1961, S. 322

Verfahrensgrundsätze der Verwaltung,
BayVBl 1960, S. 323

Fragen zum Widerspruch der Kartell-
behörde. BB 1958, S. 398

Das Verwaltungsverfahren, VVDStL
Heft 17, S. 183

Die allgemeinen Grundsätze des Verwal-
tungsrechts als Rechtsquellen der
Sozialenquete und Sozialreform, Ver-
fahren 1967, S. 89 - 101, zit. Festschrift
für Bogs

Höchststrichterliche Rechtsprechung
Verwaltungsrecht, VwArch Bd. 50
(1959), S. 193

System des verwaltungsgerichtlichen
Rechtsschutzes, Tübingen 1954

Deutsches Verwaltungsrecht, Erst-
Band, Berlin 1962

Allgemeines Verwaltungsrecht, Wi-
1927

Kartellrecht- Instrument der wirt-
schaftspolitik oder Schutz der p-
lichten Freiheit, in: wirtschaf-
tso und Rechtsordnung, Festschrift z
Geburtstag von Franz Böhm, Karls-
1965, S. 227

Das Verhältnis des Rechts der w-
erbsbeschränkungen zum Privatre-
DB 1968, S. 787, 835

Über die normative Kraft privatre-
licher Verträge, JZ 1964, S. 441

Kommentar zum Gesetz gegen wettb-
erbsbeschränkungen, 1. Auflage
gründet von Müller und Gries, Fr-
furt 1958

2. Auflage fortgeführt von Mülle-
Giessler, Stand Februar 1967 ein-
schließlich erster Ergänzungslie-

- Müller-Henneberg, Hans,
und Schwartz, Gustav Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
und Europäisches Kartellrecht (Gemein-
schafts-Kommentar), 1. Auflage Köln,
Berlin 1958; 2. Auflage Köln, Berlin,
Bonn, München 1963
- Obermayer, Klaus Novelle 1965 zum Gesetz gegen Wettbe-
werbsbeschränkungen, Kommentar, Nach-
trag zu Müller-Henneberg, Gesetz gegen
Wettbewerbsbeschränkungen, Köln, Ber-
lin, Bonn, München 1966
- Rasch, Harold Die Untätigkeitsklage und das Recht
auf Bescheid, NJW 1956, S. 361
- Rasch, Harold/
Westrick, Klaus Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell-
und Monopolrecht, 2. Auflage, Herne,
Berlin 1958
- Rasch, Harold/
Westrick, Klaus Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell-
und Monopolrecht, 3. Auflage, Herne-
Berlin 1966
- Redeker, Konrad, und
Oertzen, Hans-Joachim von Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar
Stuttgart 1965, 2. Auflage
- Reimann, Günther Behörden, Gerichte und Verfahren im
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
WRP 1967, S. 319
- Reinicke, G./
Reinicke, D. Die Auslegungsgrundsätze des Bundes-
arbeitsgerichts (II), NJW 1955, S.
1662
- Rietdorf, Fritz Über die Zweckmäßigkeit der Kodifizie-
rung von Teilgebieten des allgemeinen
Verwaltungsrechts in einem Verwaltung-
verfahrensgesetz, DÖV 1960, S. 614
- Roeder, Klaus Ist die Einstellung eines Mißbrauchs-
verfahrens nach § 22 GWB als Entschlei-
dung im Sinne des § 53 Abs. 3 GWB an-
zusehen? WuW 1966, S. 949
- Rühl, Hellmut Das rechtliche Gehör, NJW 1958, S. 12
- Rosenberg, Leo Lehrbuch des deutschen Zivilprozeß-
rechts, München, Berlin 1961, 9. Auf-
lage
- Säcker, Franz-Jürgen Zur Berücksichtigung der Marktpositio-
des Unternehmens im Recht der Wettbe-
werbsbeschränkungen, BB 1967, S. 681
- Sandrock, Otto Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wett-
bewerbsbeschränkungen, München 1968
- Schäfer, Walter Die Klagearten nach der VwGO, insbeson-
dere die Klage auf Erlaß eines abge-
lehnten Verwaltungsakts, DVBl 1960,
S. 836
- Schmidt, Eberhard Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung
und zum Gerichtsverfassungsgesetz,
Teil I, Göttingen 1964

Schmidt, Ulrich/
Ruth, Klaus-Dieter

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und die Wirtschaftstätigkeit öffentlichen Hand in materieller und verfahrensrechtlicher Sicht, BB 1960, S. 1106

Schöne, Otto

Die Beiladung zum Verfahren vor der Kartellbehörde nach § 51 Abs. 2 Nr. 1 GWB, WRP 1960, S. 261, 334

Schunck, Egon, und
Clerck, H. de

Verwaltungsgerichtsordnung mit ergänzenden Bundesgesetzen und den Ausführungsgesetzen der Länder, Siegburg

Schwartz, Gustav

Teil- oder Gesamtnichtigkeit bei unwirksamen vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen? In: WuW 1961, S. 838

Schwarz, Otto/
Kleinknecht, Theodor

Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze, 27. Aufl. Berlin 1967

Sendler, Horst

Zum Verfahren der Berliner Verwaltung (Zum Gesetz über das Verfahren der Berliner Verwaltung), DÖV 1959, S. 10

Sölter, Arno

Bisherige Entscheidungspraxis zu den Rabattkartellen, MA 1960, S. 897

Spanner, Hans

Empfiehlt es sich, den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren? Verhandlungen des 43. DJT (Gutachten), Bd. 1 (1960)

Grundsätzliches zum Verwaltungsverfahren, DÖV 1958, S. 651

Sprenkmann, Wolfgang

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Praxis, GRUR 1960, S. 526

Starck, Felix

Anhörung und Beiladung im Kartellverfahren, BB 1960, S. 465

Staudinger

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 11. Auflage, Berlin 1957, Bd. 1, Allgemeiner Teil, bearbeitet von I. Brändel und Helmut Coing

Stein, Friedrich,
Jonas, Martin,
Schönke, Adolf
Pohle, Rudolf

Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 1, 18. Auflage, Tübingen 1953

Strickrodt, Georg

Liefer- und Leistungsverträge unter den Wirkungen des Kartellverbots, 1957, S. 75

Süsterhenn, Adolf

Unternehmensfreiheit und Mißbrauchsaufsicht, Berlin 1965

Thomä, Karl Eugen

Auskunfts- und Betriebsprüfungsrecht der Verwaltung, Stuttgart 1955

Das Auskunftsrecht der Kartellbehörden in den Entwürfen zu einem Gesetz gegen wettbewerbsbeschränkungen, BB 1955, S. 359

Die Verfahrensvorschriften des Kartellgesetzentwurfes, WuW 1956, S. 393

Turegg, Kurt Egon von,
und Kraus, Erwin

Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
Berlin 1962, 4. Auflage

Ule, Carl-Herrmann

Buchbesprechung: Becker, Franz: Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung. In: VwArch Bd. 52) (1961), S. 212

Verwaltungsprozeßrecht, 3. Auflage,
München und Berlin 1963

Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl 1957, S. 597

Zur Bedeutung des Rechtsstaatsbegriffs in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, DVBl 1963, S. 475

Ule, Carl-Herrmann, und
Becker, Franz

Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat,
Köln und Berlin 1964

Unger, A.

Die Rechtsmittel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Reichsrecht, ZZP Bd. 34, S. 233

Weber, Werner

Empfiehl es sich, den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren? Verhandlungen des 43. DJT (Sitzungsbericht) Bd. 2 (1962)

Werner, Fritz

Empfiehl es sich, den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren? Verhandlungen des 43. DJT (Gutachten) Bd. 1 (1960)

Buchbesprechung: Becker, Franz: Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung. In: JZ 1961, S. 301

Winterfeld, Achim von

Das Verfassungsprinzip des rechtlichen Gehörs, NJW 1961, S. 849

Wintrich, J.M.

Die Bedeutung der "Menschenwürde" für die Anwendung des Rechts, BayVBl 1957 S. 137

Wolff, Hans Julius

Rechtsgrundsätze und verfassungsge-
staltende Grundentscheidungen als
Rechtsquelle, (1955) in: Gedächtnis-
schrift für Walter Jellinek, München
1955

Wolff, Hans J.

Verwaltungsrecht I, 7. Auflage,
München 1968

Verwaltungsrecht II, 2. Auflage
München und Berlin 1967

Verwaltungsrecht III, München und
Berlin 1966

Würdinger, Hans

Freiheit der persönlichen Entfaltung
Kartell- und Wettbewerbsrecht, WuW
1953, S. 719

Rechtskontrolle der Verfügungen der
Kartellbehörden durch die Gerichte
(§ 70 Abs. 4 GWB), WuW 1958, S. 392

V o r b e m e r k u n g e n

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen¹⁾ bezweckt - als Grundgesetz unserer Wirtschaftsordnung²⁾ - die Schaffung und Aufrechterhaltung der freien Marktwirtschaft und des freien Wettbewerbs. Um der angestrebten Wettbewerbsfreiheit immer wieder Platz zu schaffen, hat der Gesetzgeber sogenannte Kartellbehörden zur Überwachung des Marktgeschehens eingerichtet und sie mit weitreichenden Befugnissen gegenüber Störern des freien Spiels von Angebot und Nachfrage ausgestattet. Die Behörden bei der Verwirklichung dieser Ziele von den Akteuren auf den Märkten und den sonstigen Teilnehmern am Wirtschaftsleben zu isolieren, wäre ebensowenig erfolgverheißend gewesen, wie wenn man die Marktbeteiligten sich selbst und den Eigengesetzlichkeiten des Wirtschaftslebens überlassen hätte. Die Schöpfer des GWB mußten davon ausgehen, daß die ihren Vorstellungen entsprechende Ordnung auf den Märkten nicht ohne ein Zusammenwirken zwischen Kartellbehörden und den einzelnen Teilnehmern am Wirtschaftsgeschehen geschaffen werden kann³⁾.

Es ist die Verfahrensregelung des GWB, die den einzelnen in die Berührung mit der Kartellbehörde bringt und diese Beziehung ordnet, sei es primär zum Schutze des Betroffenen, sei es zur Förderung gerechter und richtiger Entscheidungstätigkeit.

- 1) abgekürzt: GWB, vom 27. Juli 1957, BGBl. I Nr. 41 vom 9. August 1957, S. 1081
- 2) Die Schaffung eines solchen grundlegenden Gesetzes hatte sich der zweite Deutsche Bundestag jedenfalls vorgenommen, vgl. S.B. die Begründung zum Regierungsentwurf unter A (abgedruckt im GemK, 1. Aufl., S. 1057 ff); aus der umfangreichen Literatur zur Entstehung des GWB etwa Benisch, WuW 1955, S. 421 ff mwN.
- 3) Müller-Gießler, Einführung I am Ende, betonen, daß darüber hinaus auch eine Zusammenarbeit zwischen den einzelnen Wirtschaftszweigen untereinander erforderlich ist, insbesondere zwischen Industrie und Handel, um dem GWB erfolgreich zur Wirksamkeit zu verhelfen.

Dabei bewirkt die Einrichtung der Beteiligung am Verfahren zwar nicht allein, aber doch in erster Linie private Einflußnahme auf die durch die Kartellbehörde zu entscheidende oder schon entschiedene Angelegenheit.

Es geht bei dieser Untersuchung nicht um die Tätigkeit der Kartellbehörden, sondern darum, die durch das Institut der Beteiligung am Kartellverfahren garantierte private Entscheidungsbeeinflussung zu umschreiben und damit zugleich auch ein Bild über die private Mitwirkung der Marktbeteiligten an der den Kartellbehörden aufgetragenen Verwirklichung des GWB zu gewinnen.

§ 1. Das Kartellverfahren

Die Verfahrensbeteiligung ist eine Institution des betreffenden Verfahrens. Von manchen Autoren⁴⁾ wird sie als eine das Kernstück des Verfahrensrechts darstellende Institution bezeichnet. Es versteht sich von selbst, daß die Einrichtung der Verfahrensbeteiligung nur im Zusammenhang mit dem dazugehörigen Verfahren verstanden werden kann.- Wir werden deshalb zunächst das dem Gegenstand dieser Erörterung zugrunde liegende Verfahren gegenüber anderen Verfahren abgrenzen und in seinem Wesen und seinen Funktionen soweit charakterisieren, wie es für die Darstellung der Beteiligung erforderlich scheint.

I. Abgrenzung des Kartellverfahrens

Gegenstand dieser Erörterung ist die Beteiligung am kartellbehördlichen Verfahren in Verwaltungssachen, abgekürzt: Kartellverfahren. Unter Kartellverfahren sind solche Verfahren zu verstehen, die

4) Mannlicher, § 8 AVG Anm. 1; Hellbling, S. 121 in bezug auf das österreichische Allgemeine Verwaltungsverfahren.

als "Verwaltungssachen" im ersten Abschnitt des Vierten Teils des GWB unter I als Verfahren vor den Kartellbehörden (§§ 51 bis 58 GWB) geregelt sind.

Auszuklammern sind von vornherein Verfahren in Kartellbußgeldsachen (§§ 81 ff GWB) und Kartellstreitsachen⁵⁾ (bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, §§ 87 ff GWB). Geldbußen für Ordnungswidrigkeiten wurden in den ersten sieben Jahren der Geltung des GWB durch die Oberlandesgerichte festgesetzt. Die Novelle 1965⁶⁾ überträgt durch die Änderung der §§ 81 bis 86 a das Recht zum Erlaß des Bußgeldbescheids auf die Kartellbehörden, gegen deren Entscheidungen der Rechtsmittelzug bei den Oberlandesgerichten und beim Bundesgerichtshof gegeben ist. Zwar ist das Bußgeldverfahren damit zu einem Verfahren vor den Kartellbehörden geworden. Die §§ 51 bis 58 GWB sind aber auf dieses Verfahren nicht anwendbar. Maßgeblich⁷⁾ sind die Verfahrensbestimmungen des Ordnungswidrigkeitengesetzes, soweit die §§ 81 ff GWB nichts Besonderes bestimmen⁸⁾. Es handelt sich bei den Kartellverfahren und den Kartellbußgeldsachen um zwei gänzlich verschiedene Verfahrensarten.

-
- 5) Terminologie nach Tiffert, GemK (1.Aufl.) § 87 Anm. 2. Als dritter Begriff werden dort Kartellverwaltungssachen genannt, womit aber zugleich die vor den Kartellbehörden und den Gerichten verhandelten Sachen gemeint sind. Es wird deshalb am Begriff des Kartellverfahrens für das Verfahren vor den Kartellbehörden in Verwaltungssachen festgehalten.
- 6) Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, vom 15. September 1965 (BGBl. I Nr. 53 S. 1363)
- 7) Gemäß § 2 OWiG
- 8) z.B. trifft § 84 GWB eine spezielle Regelung für die Beteiligten an Verfahren in Kartellbußgeldsachen.

Von den Kartellverfahren unterscheiden sich noch deutlicher die Kartellstreitsachen, da sie ausschließlich den Gerichten übertragen sind. Als Zivilprozesse mit lediglich geänderter Zuständigkeitsregelung unterliegen sie in erster Linie der Zivilprozeßordnung. Die §§ 51 bis 58 sind weder direkt noch entsprechend anwendbar.

Als direkter Gegenstand dieser Erörterung scheidet auch die Beteiligung an solchen Verfahren aus, die als Kartellverwaltungssachen durch Einlegung von Beschwerde und Rechtsbeschwerde vor den Gerichten ihren Verlauf nehmen, da es sich nicht um kartellbehördliche Verfahren handelt. Soweit allerdings die Beteiligung am Kartellverfahren Rechtsfolgen auch für die gerichtlichen Verfahren in Kartellverwaltungssachen nach sich zieht⁹⁾, interessiert auch die gerichtliche Verfahrensregelung.

Schließlich handelt es sich auch dann nicht um Beteiligung an Kartellverfahren, wenn die Kartellbehörde oder Beamte von Kartellbehörden außerhalb eines Verwaltungsverfahrens tätig werden. Nichtverfahrensrechtliche Tätigkeiten sind Gutachten und Auskunftserteilungen, Entgegennahmen von Anmeldungen und interne Ermittlungen, auch wenn sie im Hinblick auf die Eröffnung eines Kartellverwaltungsverfahrens erfolgen. Solche informelle Aktivitäten nehmen in der Praxis des Bundeskartellamtes einen breiten Raum ein. So führen einige Beschlußabteilungen vor dem Einreichen einer Kartellanmeldung ein sogenanntes "Vorverfahren" durch, in welchem Vertreter der Anmeldungswilligen und die Beamten der betreffenden Beschlußabteilung formlos den Anmeldegegenstand beraten. Die Anmelder brauchen sich dann also, wenn sie sich zunächst "unverbindlich" an das Bundeskartellamt wenden, nicht vom Widerspruch in der Dreimonatsfrist überraschen zu lassen. Bereits vor dem

9) Vgl. hauptsächlich unter §12.

Entwurf des endgültigen Kartellvertrages und vor der endgültigen Einreichung zur Anmeldung sind die Beamten des Bundeskartellamtes bereit, ihnen ihre Bedenken und Einwände mitzuteilen und, soweit möglich, einen Ausweg zu weisen, selbstverständlich vorbehaltlich einer endgültigen Entscheidung im Widerspruchsverfahren.

Nicht notwendig im Rahmen von Kartellverfahren verläuft die zunehmende beratende Tätigkeit des Bundeskartellamtes bei zwischenbetrieblichen Kooperationen. Während in den ersten Jahren der Geltung des GWB in dieser Behörde noch die Einstellung überwog, es sei nicht ihre Aufgabe, die Unternehmen auf die Möglichkeiten zulässiger Kooperationen zu lenken, nimmt sie neuerdings¹⁰⁾ eine immer weitergehende Hilfestellung gegenüber der Wirtschaft bei der Suche nach unbedenklichen Formen und Wegen der unternehmerischen Zusammenarbeit ein. Gerade die dabei sumeist informell aufgenommenen Kontakte mögen für das Bundeskartellamt wie insbesondere für die Wirtschaftsunternehmen wegen der möglicherweise entspannteren Atmosphäre und größeren Offenheit auf beiden Seiten von gesteigertem Informationswert sein - einer verrechtlichten Beteiligtenstellung bedarf es dabei ebensowenig wie sonstiger Regeln des förmlichen Verwaltungsverfahrens.

10) Erstmalig im Tätigkeitsbericht 1963 (BT-Drucksache IV/3752) wird die unternehmerische Zusammenarbeit als Gegenstand der Diskussion über Möglichkeiten der Rationalisierung, Leistungssteigerung und Wettbewerbshilfen für kleinere und mittlere Unternehmen erwähnt. Das Bundeskartellamt erklärt im Tätigkeitsbericht 1966 (BT-Drucksache V/1950), daß auf manchen Märkten mit sehr vielen Unternehmen das Entstehen größerer potenter Unternehmenseinheiten den Wettbewerb intensivieren könne. In diesem Sinne hat das Amt durch seinen Präsidenten kooperationswilligen Unternehmen die Hilfe der Behörde auch außerhalb von Verfahren angeboten, vgl. Industriekurier vom 12. August 1967. Vgl. ferner die sogenannte Kooperationsfibel = Zwischenbetriebliche Zusammenarbeit im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Zusammenstellung des Bundesministers für Wirtschaft vom 29. Oktober 1964 (I B 5 - 813 350).

In starkem Maße betätigt sich das Bundeskartellamt auch auf dem Gebiet der Wettbewerbspolitik¹¹⁾. Allgemeine Leitgedanken werden in den Jahresberichten des Amtes entwickelt, der Präsident und leitende Beamte treten durch publizistische und sonstige öffentliche Äußerungen hervor. Es werden Unterlagen und Materialien für die wirtschaftspolitische Arbeit der Regierung geliefert, Vertreter des Amtes nehmen an Beratungen wirtschaftspolitischer Institutionen teil und besuchen Veranstaltungen wirtschaftspolitischer Vereine und Verbände. Nicht bei dieser wettbewerbspolitischen Tätigkeit, sondern nur als Rechtsanwender unterliegen Kartellbeamte den Regeln des Kartellverfahrens.

II. Charakterisierung des Kartellverfahrens

Das Kartellverfahren soll laut Begründung zum Regierungsentwurf¹²⁾ seiner Rechtsnatur nach ein Verwaltungsverfahren darstellen. Ob es in der Ausgestaltung, die es schließlich im GwB gefunden hat, alle Merkmale eines Verwaltungsverfahrens erfüllt, könnte deshalb bezweifelt werden, weil Zivilgerichte die Tätigkeit der Kartellbehörden nachprüfen¹³⁾. Im Zusammenhang mit dem Aufbau der Kartellbehörden und dem Ausbau des Verfahrens vor den Kartellbehörden spricht man von justizförmiger Ausgestaltung¹⁴⁾, was ebenfalls zu Zweifeln Anlaß gibt.

11) Das Bundeskartellamt ist zur Mitarbeit im wettbewerbspolitischen Bereich besonders geeignet, weil wegen der Meldepflicht gemäß § 23 GwB umfangreiches Material zur Erfassung der auf dem deutschen Markt tätigen Wirtschaftsunternehmen sich anhäuft. Inwieweit die Auswertung des Materials, das zur Erleichterung der Aufsicht über marktbeherrschende Unternehmen dienen soll, auch für andere als wettbewerbspolitische Zwecke (z.B. legislative Tätigkeit auf dem Gebiet des Aktienrechts) zulässig ist, kann hier nicht erörtert werden.

12) zu § 42 (abgedruckt im GemK 1. Aufl. S. 1111)

13) §§ 92 ff GwB

14) z.B. KG WuW/E ÖLG 346 (347) ("Steinzeug") - WuW 1960 S. 802; Junge, GemK § 51 Anm. 16 aE

Nur dann stellt das Kartellverfahren ein Verwaltungsverfahren dar, wenn die Verfahrensregelung gerade die Tätigkeit von Verwaltungsbehörden betrifft¹⁵⁾. Das bedeutet, daß die Kartellbehörden, deren Verfahren in den §§ 51 bis 58 GWB geregelt wird, nämlich das Bundeskartellamt, der Bundesminister für Wirtschaft und die Landeskartellbehörden (§ 44 Abs. 1 GWB), Verwaltungsbehörden darstellen müssen.

Unter Verwaltungsbehörden versteht man, im Unterschied zu den Gesetzgebungs- und Justizbehörden, solche Organe, die Verwaltungsfunktionen versehen¹⁶⁾. Das ist jedenfalls immer dann der Fall, wenn die Behörde zuständig ist, hoheitliche Maßnahmen unmittelbar gegenüber Zivilpersonen in Einzelfällen, sogenannte Verwaltungsakte, zu treffen.¹⁷⁾ - Einer hoheitlichen Stelle kann dagegen nicht deswegen die Eignung einer Verwaltungsbehörde abgesprochen werden, weil sie nicht präsidial, sondern als kollegiales Organ entscheidet.¹⁸⁾ Ebenso stellt die Abhängigkeit von Weisungen kein positives Merkmal einer Verwaltungsbehörde dar¹⁹⁾; lediglich negativ zeigt das Vorliegen von Weisungsabhängigkeit an, daß es sich nicht etwa um ein Verwaltungsgericht handelt, weil die volle institutionelle Unabhängigkeit der entscheidenden Behörde ein Wesensmerkmal der Verwaltungsgerichte darstellt.²⁰⁾

15) Bettermann, VVDStL Heft 17 S. 118 f sowie S. 176 Leitsatz II und 2; Merk, Deutsches Verwaltungsrecht § 35 I (S. 919)

16) Anschütz-Thoma, § 71 2. Abschn. 2a, 3a; Huber I S. 51 ff, 55 ff, II S. 135; Wolff I § 2 II c (S. 11), 19 I (S. 68); II § 76 I d (S. 63), II b (S. 69); Merk § 4.

17) Wolff § 76 II b (S. 69)

18) Bettermann VVDStL Heft 17 S. 132, auch Fn. 50; Wolff § 75 c (S. 56); Jellinek S. 302; Becker S. 31, die darauf hinweisen, daß die früheren preußischen Ausschüsse, Regierungen, Räte zwar Verwaltungsgerichte hießen, in Wirklichkeit aber Verwaltungsbehörden waren.

19) Wolff § 76 II b 1 (S. 69)

20) Jellinek aaO; Becker aaO; Forsthoff, Lehrbuch § 27 (8. Aufl. S. 491). Merk § 35 II b (S. 942) sieht den hauptunterschied zwischen Gerichts- und Verwaltungsverfahren darin, daß der Verwaltungsbehörde die richterliche sachliche Unabhängigkeit fehlt.

Wohl durch Mißverständnisse über die beiden zuletzt genannten Kriterien sowie durch die historische Entwicklung mag es bedingt sein, daß das Bundeskartellamt zuweilen für ein Gericht oder gerichtsähnliches Gebilde gehalten wird²¹⁾. Zwar waren nach der Kartellverordnung aus dem Jahre 1923²²⁾ die Aufgaben der Kartellaufsicht einem für das gesamte Reichsgebiet zuständigen Kartellgericht übertragen²³⁾. Das GKB ist diesem Vorbild aber aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht gefolgt²⁴⁾. Es unterstellt das Bundeskartellamt als selbständige Bundesoberbehörde dem Geschäftsbereich und in gewissem Umfang auch den Weisungen des Bundesministers für Wirtschaft. - Wie weit die Weisungshängigkeit des Bundeskartellamtes geht, kann nach dem vorher Gesagten für die positive Bestimmung seiner Eigenschaft als Verwaltungsbehörde ebenso dahinstehen wie die Tatsache, daß die Entscheidungen des Amtes durch kollegiale Gremien²⁵⁾ getroffen werden. Die Behördenorganisation mag aus diesen Gründen justizförmig genannt werden²⁶⁾.

21) Vgl. dazu Ewald, WuW 1958 S. 317 sowie auch zum folgenden.

22) Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2. November 1923 (RGBl I S. 1067, berichtigt RGBl I S. 1090).

23) Nach Lukes, ZZP Bd. 68 (1955) S. 7 f und Ewald, WuW 1958 S. 317 vereinigte es in sich Funktionen eines Gerichts und einer Verwaltungsbehörde. - Huber, I S. 323 betont, daß es seinen materiellen Funktionen nach weit überwiegend kein rechtsprechendes, sondern ein administratives Organ war.

24) Zu den verfassungsrechtlichen Bedenken, die gegenüber der Zuweisung der gesamten Tätigkeit der Kartellbehörden an Gerichte bestehen, Lukes aaO S. 4. Auf S. 10 ff erörtert Lukes Möglichkeiten einer veränderten Funktionsverteilung, die die Ermittlung einer entsprechend der Staatsanwaltschaft tätig werdenden Kartellbehörde und die Entscheidung dem Gericht überläßt. - Nach Gutzler, WRP 1967 S. 197, der de lege ferenda die Umwandlung des Bundeskartellamtes in ein unabhängiges Kartellgericht des Bundes befürwortet, würde das eine Ergänzung des Grundgesetzes voraussetzen nach dem Vorbild des Art. 96 a GG und der Errichtung des Patentgerichts

25) Die entscheidende Beschlußabteilung - vor Wegfall der §§ 59 bis 61 GWB auch die Einspruchsabteilung ist mit einem Vorsitzenden und zwei Beisitzern besetzt; diesen muß die Befähigung zum Richteramt oder zum höheren Verwaltungsdienst verbrieft sein.

26) Ebenso Huber, II § 204 I (S. 628).

Die entscheidenden Abteilungen des Bundeskartellamtes sind deswegen Verwaltungsbehörden, weil sie Verwaltungstätigkeit ausüben. Denn durch das GWB sind sie zum Erlaß bindender hoheitlicher Einzelanordnungen gegenüber Privatunternehmen, Unternehmensvereinigungen, Verbänden, Einzelpersonen und Personenvereinigungen ermächtigt. Zwar handelt es sich dabei ausnahmslos um privatrechtsgestaltende Kompetenzen: Die Kartellbehörden erteilen die Erlaubnis zu gesetzlich verbotenen wettbewerbsbeschränkenden Verträgen (§§ 4, 5, 6 bis 8, 20 Abs.2), sie widersprechen dem aufschiebend bedingten Wirksamwerden von Kartellverträgen nach ihrer Anmeldung (§§ 2, 3, 5 a), sie erklären grundsätzlich wirksame wettbewerbsbeschränkende Verträge für unwirksam (§§ 18, 22) und untersagen Mißbräuche von marktherrschenden Unternehmen (§ 22), erlaubten Kartellen (§ 12) und erlaubten Preisbindungen und Preisempfehlungen (§ 17). Während die Rechtsfolgen solcher Maßnahmen dem Privatrecht angehören, sind die Kartellbehörden zu ihrer Vornahme kraft öffentlichen Rechts nur als Behörden befugt. Die kartellbehördliche Einflußnahme auf die Verträge und sonstigen privatrechtlichen Beziehungen der Wirtschaftsteilnehmer ist in der hoheitlichen Ermächtigung des GWB begründet, nicht aber in der Privatautonomie. Alle genannten Verfügungen stellen deshalb ohne Rücksicht auf ihre Bezeichnung²⁷⁾ obrigkeitliche Willensäußerungen der Verwaltung gegenüber bestimmten Personen zur Regelung eines Einzelfalls, also echte Verwaltungsakte echter Verwaltungsbehörden²⁸⁾ dar. Die Tatsache, daß die gerichtliche Nachprüfung der hoheitlichen Kartellverwaltungstätigkeit Zivilgerichten übertragen

27) Übliche Bezeichnungen sind: Bescheid, Entscheid, Entscheidung, Beschluß, Verfügung.

28) Übereinstimmend: KG wuW OLG 346 (347) ("Steinzeug"); Frankf.Komm. Vorb. §§ 51 - 80 Tz. 3; Zweigert, GemK Vorb. zu §§ 62 - 75 Anm. 2. Vorgesetzliches Schrifttum: Huber I S. 414, II S. 628 ff; Lukes, ZZP Bd. 68 (1955) S. 7.

ist^{28a)}, ändert nichts an der rechtlichen Beurteilung des Gegenstandes der gerichtlichen Nachprüfung. Es wird zu Recht hervorgehoben²⁹⁾, daß die Akte der Kartellbehörden durch die Verwaltungsgerichte nachzuprüfen wären, wenn nicht die besondere Zuweisungsregelung an die Kartellsenate der Oberlandesgerichte bestünde.

Als Landeskartellbehörden bezeichnet § 44 Abs. 1 Nr. 3 GWB die nach Landesrecht zuständige oberste Landesbehörde, deren Organisation damit den Ländern überlassen bleibt und überlassen bleiben muß, weil das GWB als Bundesgesetz nicht in die Organisationsgewalt der Länder eingreifen kann. Daß es sich bei diesen ebenfalls um Verwaltungsbehörden handelt³⁰⁾, ergibt sich schon daraus, daß ihnen die insoweit gleichen Funktionen übertragen sind wie dem Bundeskartellamt.

Verwaltungsbehörde ist aus den gleichen Gründen der Bundesminister für Wirtschaft, wenn er gem. §§ 44 Abs. 1 Nr. 2 in Verbindung mit 8 GWB die Funktionen einer Kartellbehörde wahrnimmt.

Da demnach das Kartellverfahren die Tätigkeit der Kartellbehörden im Sinne von Verwaltungsbehörden regelt, ist es seiner Art nach den **V e r w a l -**
t u n g s - Verfahren zuzurechnen.

Damit auch von einem Verwaltungs - **V e r f a h -**
r e n gesprochen werden kann, bedarf es der weiteren Feststellung, daß die Regelung der §§ 51 ff GWB die verfahrensrechtliche Seite der Tätigkeit der Kartellbehörden im Gegensatz zu deren materieller Seite betrifft. Zur Abgrenzung der Normen des Ver-

28a) und zwar nach dem Gesichtspunkt des Überwiegens: da die Beziehungen der Beteiligten untereinander und zu beeinträchtigten Dritten dem Privatrecht angehören und die Kartellbehörden in diese privatrechtliche Materie eingreifen, überwiegt die privatrechtliche Seite. Vgl. Lukes, ZZP Bd. 68 (1955) S. 10.

29) Begründung zum RegierungsaE, I V Ziff. 2 (GemK 1. Aufl. S. 1071); Zweigert aaO Anm.3; Lukes aaO

30) auch dann, wenn die Länder diese Aufgabe an nach geordnete Behörden übertragen oder selbständige Landeskartellämter bilden, wie z.B. in Hamburg durch Anordnung vom 13. März 1959 (Amtl. Anz. S. 227) und Schleswig-Holstein durch Bek. vom 11. März 1958 (ABl S. 169). - Vgl. dazu auch Junge, GemK 1. Aufl. § 44 Anm. 6.

waltungsverfahrensrechts von denjenigen des materiellen Verwaltungsrechts³¹⁾ wird zuweilen³²⁾ das Bild von der Regelung des "Weges" im Gegensatz zum fertigen "Ziel" der verwaltungsbehördlichen Tätigkeit gebraucht. Konkreter ist die Umschreibung des Verwaltungsverfahrensrechts als des Inbegriffs der Normen, die das Zustandekommen, die Form und Bekanntmachung, den Vollzug, die Anfechtung und Änderung von Entscheidungen³³⁾ der Verwaltungsbehörden sowie deren Kontrolle regeln³⁴⁾.

Da das Ziel kartellbehördlicher Tätigkeit allgemein in dem Erlaß einer "Verfügung" im Sinne des GWB zu sehen ist, muß den §§ 51 ff GWB dann Verfahrenscharakter zugesprochen werden, wenn sie nicht schon den materiellen Inhalt der Verfügung betreffen, sondern den Weg, der zu dem Erlaß der Verfügung führt, rechtlich vorzeichnen. Tatsächlich besteht gerade darin ihre Funktion. Der Schwerpunkt der §§ 51 ff GWB liegt in der Regelung des Zustandekommens³⁵⁾ der Verfügung; es wird ein ganz bestimm-

-
- 31) Die Abgrenzungsproblematik spielt eine wesentliche Rolle in der Diskussion über die Frage, ob das Allgemeine Verwaltungsverfahrensrecht kodifiziert werden soll. Vgl. etwa die Referate von Bettermann und Melichar, VVDStL Heft 17 S. 118 ff, S. 183 ff; die Gutachten von Spanner und Werner (Bd. 1) und die Sitzungsberichte von von der Groeben und Weber (Bd. 2) zum 43. Deutschen Juristentag.
- 32) Zuerst: Merkl, Allg. VerwaltungsR (1927) S. 213; im Anschluß daran Antonioli S. 222; Bettermann aaO S. 121; Becker S. 17. - Kritisch zur Abgrenzungsfrage Mayer, BayVBl 1960 S. 338.
- 33) Der Begriff der Entscheidung als dem Gegenstand des Verwaltungsverfahrens wird zum Teil mit dem Begriff des Verwaltungsakts identifiziert (so z.B. Spanner, Gutachten aaO S. 29), zum Teil in erheblich weiterem Sinne verstanden (Bettermann aaO S. 122, Mayer aaO S. 333).
- 34) Bettermann aaO S. 121 ff, 123, 176; im Anschluß an ihn Spanner, Gutachten aaO S. 29
- 35) Anschaulich unterscheidet Küchenhoff, VVDStL Heft 17, Aussprache S. 218, zwischen dem Verfahren, das die Willensbildung der Verwaltung ordnet, und demjenigen, das die Willensbildung formalisiert.

ter Weg, vorgeschrieben, auf dem die Kartellbehörde bei der Bildung ihres für den Erlaß ihrer Entscheidung maßgeblichen Willens vorwärts zu schreiten hat. Im einzelnen³⁶⁾ geschieht das, indem die am Verfahren beteiligten Personen und Behörden (§ 51 Abs. 2, 3) und deren Rechte im Verfahren (§§ 52, 53) bestimmt und die Verfahrenseinleitung (§ 51 Abs. 1) und Vorschriften über die Ermittlung solcher Tatsachen festgelegt werden, die für den Erlaß der Verfügung wesentlich sind (§§ 53 Abs. 2, 54). Eine eingehende Ausgestaltung findet dabei das Beweisverfahren. Typische Verfahrensnormen sind auch die Vorschriften über die Form und die Bekanntmachung der das Kartellverfahren abschließenden Verfügung (§§ 57 Abs. 1, 58) sowie die Formalisierung des Verfahrensabschlusses für den Fall, daß die den Gegenstand des Kartellverfahrens bildende Verfügung unterbleibt (§ 57 Abs. 2). Bezieht man schließlich die Normen, welche die Kontrolle der fertigen Entscheidung betreffen, in die verwaltungsverfahrenrechtliche Regelung ein, dann gehören hierher auch die mit der Novelle 1965 weggefallenen Vorschriften über das Verfahren vor den Einspruchsabteilungen der Kartellbehörden (§§ 59 bis 61) sowie diejenigen, die die Befugnis zur Herbeiführung der gerichtlichen Kontrolle der Verfügungen im Beschwerdewege regeln (§ 62 GWB).

Bei der Regelung des Kartellverfahrens als eines Verwaltungsverfahrens stand der Gesetzgeber vor der Wahl, dieses Verfahren förmlich auszugestalten oder - wie es allgemein im deutschen Verwaltungsrecht üblich ist³⁷⁾ - den Gang des Verfahrens und die

36) Vgl. dazu die übereinstimmenden Kriterien bei Bettermann aaO S 123.

37) Merk & 35 II a 6 (S. 934); Mayer, BayVBl 1960 S. 335; vgl. ferner § 6 des Berliner VwVerfG; § 6 Abs. 1 des niedersächsischen Entwurfs zu einem VwVerfG (Landtagsdrucks. Nr. 1572); § 9 EVwVerfG 1965; § 75 schl-h LVwG.

vorzunehmenden einzelnen Handlungen lediglich durch Zweckmäßigkeitserwägungen im Hinblick auf das zu erreichende Ziel des Verfahrens zu bestimmen, also ein formloses Verfahren genügen zu lassen. Das förmliche Verfahren unterscheidet sich vom formlosen Verfahren vor allem dadurch, daß es den beteiligten Bürgern in größerem Umfang Verfahrensgarantien einräumt³⁸⁾. Typisch für die förmliche Ausgestaltung sind etwa folgende Kriterien³⁹⁾: Es ist eine mündliche Verhandlung vorgeschrieben oder zumindest vorgesehen; falls ein Antrag vorgeschrieben ist, bedarf dieser meist einer besonderen Form; die Beteiligten haben einen Rechtsanspruch auf Anhörung sowie auf Anwesenheit bei bestimmten Verfahrenshandlungen; für den das Verfahren abschließenden Verwaltungsakt sind besondere Formvorschriften vorgesehen; falls das Verfahren nicht durch einen Verwaltungsakt abgeschlossen wird, sind die Beteiligten zu benachrichtigen. - Das Kartellverfahren der §§ 51 ff. GWB erscheint, gemessen an diesen Merkmalen, als ein gemäßigt förmliches Verwaltungsverfahren, vor allem deshalb, weil die mündliche Verhandlung zwar vorgesehen ist, aber nicht die Regel bildet (§ 53 Abs. 1 GWB). Besondere Formvorschriften fehlen weitgehend, wenn man vom förmlichen Verfahrensabschluß absieht. Die Ursache für die Wahl eines solchen Mittelweges ist vor allem darin zu sehen, daß sich der Gesetzgeber des GWB bei seiner Entscheidung in einem Spannungsverhältnis befand, welches die gesamte Problematik des Verwaltungsverfahrens und der Verfahrensbeteiligung entscheidend bestimmt. Auf der einen Seite war das Kartellverfahren vor einer den Bedürfnissen der kartellbehördlichen Verwaltungstätigkeit widersprechenden Formalisierung zu bewahren,

38) Ule-Becker, S. 29; kritisch zur Unterscheidung zwischen förmlichen und nichtförmlichen Verfahren: Fellner, Staatsbürger und Staatsgewalt Bd. II S. 362 f; Spanner DVBl 1964 S. 846; Ule-Becker aa

39) Vgl. die Aufzählung in der Allg. Begründung EVwVerfG 1963 unter 8.1 (S. 76)

auf der anderen Seite mußte den rechtsstaatlichen Erfordernissen Rechnung getragen werden. Das rechtsstaatlich begründete Bedürfnis nach präventivem Rechtsschutz des Bürgers im Verfahren, das der Verwaltungsentscheidung vorausgeht, ist dabei um so stärker einzuschätzen, je schwächer für die Betroffenen der gerichtlich-repressive Rechtsschutz ausgebaut ist⁴⁰⁾. Dieser Grundsatz findet sich anschaulich etwa im österreichischen Verwaltungsrecht ausgeprägt, wo ein förmlich ausgestaltetes Verfahren⁴¹⁾ den Bürger dafür entschädigen soll, daß er unter Verzicht auf eine verwaltungsgerichtliche Tatsacheninstanz auf den Verwaltungsgerichtshof als zentrale Revisionsinstanz⁴²⁾ beschränkt ist⁴³⁾. Der deutsche Bürger genießt im allgemeinen Verwaltungsrecht mit der Generalklausel des § 40 VwGO und den in der Regel gegebenen drei Instanzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit bereits umfassenden gerichtlichen Rechtsschutz, so daß ein förmliches Verwaltungsverfahren allgemein überflüssig erscheinen mag⁴⁴⁾. Eine davon abweichende Regelung, die die Gewichte zugunsten des Verwaltungsverfahrens und zuungunsten des gerichtlichen Verfahrens verschiebt, bestimmt die Entscheidungen in Kartellverwaltungssachen. Es fehlt an einer

40) Ule DVBl 1957 S. 601; Bachof DVBl 1958 S. 7; Spanner, Gutachten zum 43. DJT S. 45; Bettermann VVDStL Heft 17 S. 168 mwN sowie Aussprache S. 221, 226, 233 (Herb. Krüger), 225 (Ule), 226 (Bachof), 230 (Ipsen).

41) geregelt durch das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) vom 21.7.1925 (BGBl Nr. 274), neu verlautbart durch Kundmachung der Bundesregierung vom 23.5.1950 (BGBl Nr. 172).

42) Gesetzliche Grundlage ist das VerwaltungsgerichtshofG vom 12.10.1945 (StGBI Nr. 208), wiederverlautbart durch Kundmachung der Bundesregierung vom 6.5.1952 (BGBl Nr. 96).

43) Ähnlich das frühere preußische Recht, für dessen verwaltungsgerichtlichen Schutz das Enumerationsprinzip galt, während der Verwaltungsweg teilweise bis zu vier Instanzen angerufen werden konnte. - Im einzelnen vlt. Ule DVBl 1957 S. 597.

44) Dahin tendiert vor allem Bachof, Wehrpflichtgesetz und Rechtsschutz S. 16 ff; DVBl 1958 S. 7; aa Ule DVBl 1957 S. 601.

Generalklausel für die Beschreitung des vorgegebenen Rechtsweges⁴⁵⁾. Die Gerichtsbarkeit in Kartellverwaltungssachen ist auf zwei Instanzen beschränkt, und zwar eine Tatsachen-⁴⁶⁾ und eine Revisionsinstanz⁴⁷⁾ mit gegenüber der Tatsacheninstanz eingeschränkter Berechtigung zur Einlegung der Rechtsbeschwerde⁴⁸⁾. Etwasigen Bedenken gegen die Einsparung einer zweiten Tatsacheninstanz wird durch die förmliche Ausgestaltung des präventiven Verfahrens begegnet, da ein gutgeordnetes Verwaltungsverfahren eine größere Gewähr für eine ordnungsgemäße Tatsachenfeststellung verspricht. Darüber hinaus ist die Erwartung gerechtfertigt, daß eine richtige Verwaltungsentscheidung die Tatsachenfeststellung in der gerichtlichen Tatsacheninstanz erleichtert. Schließlich muß das Bedürfnis nach präventivem Rechtsschutz auch deswegen für besonders stark gehalten werden, weil die Entscheidungen der Kartellbehörden regelmäßig einen schwerwiegenden Eingriff in die Rechtssphäre der Betroffenen enthalten und oft erhebliche Auswirkungen auf seine wirtschaftlichen Verhältnisse nach sich ziehen⁴⁹⁾. Eine gewisse-

45) Vgl. unten § 12 unter I

46) Beschwerde vor den Kartellsenaten der Oberlandesgerichte, §§ 62 Abs. 4, 92 GWB

47) Rechtsbeschwerde (§§ 73 ff GWB) vor dem Kartellsenat des BGH (§§ 73 Abs. 1, 95 GWB)

48) Vgl. § 75 Abs. 1 sowie unten § 12 unter III

49) Vgl. dazu die Äußerungen von Apelt, VVDStL Heft 17 (Aussprache) S. 241; Allg.Begründung EVwVerfG 1963 unter 4.5 (S.65); 8.1 (S.77). Im Berliner VwVerfG sind die für die Durchführung im förmlichen Verfahren vorgesehenen Angelegenheiten in einer Anlage zum Gesetz enumeriert, und zwar einerseits die besonders einschneidenden existenzgefährdenden Verwaltungsakte auf gewerberechtlichem Gebiet, wie Rücknahme von Berufserlaubnissen, andererseits Verwaltungsakte, bei denen erhebliche öffentliche Interessen auf dem Spiel stehen und die eine besonders sorgfältige Sachverhaltsaufklärung erfordern, z.B. Genehmigungen nach dem Personenbeförderungs- und Güterkraftverkehrsgesetz.- Im einzelnen dazu vgl. Sendler, DÖV 1959 S. 445.- Zum GWB: Auf die Bedeutung des verfahrensrechtlichen Peils für das die wirtschaftliche Bewerbsfreiheit erheblich einschränkende GWB wurde schon frühzeitig hingewiesen. Vgl. Blomeyer, MDR 1952 S. 129; Lukes, ZZP Bd. 68 (1965) S. 4 ff; Baur, ZZP Bd. 72 (1959) S. 3 nWn.

förmliche Verfahrensausgestaltung soll dabei der Gefahr entgegenwirken, daß Fehlentscheidungen Schäden nach sich ziehen, die auch bei nachträglicher Feststellung irreparabel sind.

III. Die für das Kartellverfahren maßgeblichen Normen und Grundsätze

Für die Darstellung und Beurteilung des Kartellverfahrens wie auch der Einrichtung der Beteiligung an diesem Verfahren sind natürlich in erster Linie die §§ 51 ff. GWB maßgebend. Die bereits bei der allgemeinen Betrachtung zutage tretende Lückenhaftigkeit der gesetzlichen Regelung, die vom Gesetzgeber selbst für ergänzungsbedürftig gehalten wurde⁵⁰⁾, wirft die Frage auf, ob sich als praktische Konsequenz der angestellten Charakterisierung darüber hinaus die Maßgeblichkeit von Normen oder Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts für die Beurteilung des Kartellverfahrens und seiner Institute begründen läßt. Mit dieser Überlegung soll nicht etwa bezweckt sein, zu den Förmlichkeiten des Kartellverfahrens weitere, möglicherweise in anderen Verwaltungsverfahren gebräuchliche Förmlichkeiten heranzuziehen. Vielmehr geht es darum, die Verfahrensnormen des GWB in dem ihnen angemessenen Zusammenhang zu sehen.

50) § 80 GWB ermächtigt die Bundesregierung, "das Nähere über das Verfahren" durch Rechtsverordnung zu regeln. Langen, § 80 Anm. 3, hält diese Ermächtigung angesichts des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG für verfassungsrechtlich bedenklich. Bisher ist von § 80 Abs. 1 GWB noch kein Gebrauch gemacht worden; lediglich einzelne Fragen, wie z.B. die Anlegung eines Kartell- und Preisbindungsregisters und das Verfahren bei der Eintragung von Wettbewerbsregeln, sind unter Ausnutzung der an anderer Stelle im GWB enthaltenen besonderen Ermächtigungen (vgl. §§ 9 Abs. 7, 16 Abs. 6, 33) durch Verordnung geregelt worden. Vgl. auch dazu Langen aaO.

Als Rechtsmaterie, die allgemein, soweit sich aus den Verfahrensnormen des GWB nicht eine spezielle Ausformung ergibt, diesen zugrunde zu legen ist, stehen die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsverfahrenrechts bereit⁵¹⁾. Zweifel an deren Eignung zu der ihnen zugedachten Aufgabe könnten deshalb angemeldet werden, weil allgemeines Verwaltungsverfahrenrecht⁵²⁾ ebenso wie überhaupt allgemeines Verwaltungsrecht weitgehend positiver Normierung entbehrt und jedenfalls insoweit, als es nicht zugleich konkretisiertes Verfassungsrecht oder Gewohnheitsrecht darstellt, möglicherweise nicht unter die Rechtsquellen im herkömmlich verstandenen Sinne gerechnet werden kann⁵³⁾. Gleichwohl braucht das Problem, ob der aus dem Richterrecht und der bewährten Lehre sich zusammensetzende Bereich des allgemeinen Verwaltungsverfahrenrechts eine Rechtsquelle

-
- 51) die in jüngster Zeit ebenfalls im Hinblick auf eine von verschiedener Seite ins Auge gefaßte Kodifikation in das Blickfeld des allgemeinen Interesses gerückt sind; es kann auf die oben S. 11 Fn. 31 wiedergegebene Literatur verwiesen werden sowie die dort zu findenden weiteren Nachweise.
- 52) Eine allgemeine Regelung des Verwaltungsverfahrens auf Bundesebene gibt es nicht; eine Regelung des Verfahrens ist nur in bestimmten Verwaltungsangelegenheiten jeweils besonders, nämlich für die bundeseigene Verwaltung, wie für die auswärtigen Angelegenheiten (Konsularwesen), das Bundespost- und Fernmeldewesen sowie die Bundesbahn und das Finanzwesen (RabGO) erfolgt, im übrigen, zumal das GrundG in der Regel die Durchführung der Bundesgesetze den Ländern überläßt, im allgemeinen nur teilweise, wie z.B. im Sinne von Richtlinien in der GewO (§§ 17 ff, 63), in §§ 170 ff AVAVG, ferner das Gesetz über das Verwaltungsverfahren der Kriegsopferversorgung vom 2. Mai 1955 (BGBl I S. 202); §§ 325 ff LAG vom 14. August 1952; §§ 109 Flurberg vom 14. Juli 1953 (BGBl I S. 591); §§ 145 BBauG vom 23. Juni 1960 (BGBl I S. 341); §§ 10 ff BwasserstrReinhG vom 17. August 1960 (BGBl II S. 2125).
- 53) Übersichten über den Meinungsstand finden sich bei Brüggemann, JR 1963 S. 162; Arndt NJW 1963 S. 1273; speziell zum Verwaltungsrecht Baring, Juristenjahrbuch 6. Bd. 1965/66 S. 27 ff; zum Verwaltungsrecht ferner Wolff, Gedächtnisschrift für W. Jellinek (1955) S. 33-52; Lehrb. I S. 24-28; Menger, Festschrift für Bogs, S. 92-93.

darstellt, nicht untersucht zu werden. Denn die hier allein interessierende Frage nach der Maßgeblichkeit des Rechts des allgemeinen Verwaltungsverfahrens für die Beurteilung eines für spezielle Angelegenheiten des Wirtschaftsrechts besonders ausgestatteten Verwaltungsverfahrens und seiner Institute hängt nicht von seiner Eignung als Rechtsquelle ab, sofern man diese Grundsätze unabhängig davon als Teil der Rechtsordnung anerkennt⁵⁴⁾.

Bezüglich der für das Verständnis des Kartellverfahrens und seiner Institute maßgeblichen Normen und Grundsätze ergibt sich eine doppelte Konsequenz. Zunächst sind die vorhandenen speziellen Normen des GWB auf dem Hintergrund der Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts zu sehen. Gleichzeitig erscheint es nunmehr unbedenklich, dann, wenn sich die spezielle Regelung der §§ 51 ff GWB als lückenhaft erweist, den allgemeinen verwaltungsverfahrensrechtlichen Grundsätzen selbst die gebotene Lösung zu entnehmen⁵⁵⁾.

54) So insbesondere Baring aaO S. 50 sowie Fn. 15, 16, 58; vgl. ferner Webers Äußerung auf dem 43. DJT (Bd. 2 D S. 136), der Bereich des allgemeinen Verwaltungsrechts brauche nicht durch Gesetzgebung ausgefüllt zu werden, sondern es sei bereits eine Ordnung vorhanden, nämlich ein System und Grundprinzipien des allgemeinen Verwaltungsrechts, eine Ordnung, die als **R e c h t** bestehe und der sogar alle einzelnen Verwaltungsgesetze des Besonderen Teils anzupassen seien in der Weise, daß die Bewahrung und die Fortbildung jener Ordnung ihnen zum Fundamente dienen. Nach Baring aaO folgt die Rechtsqualität dieser Grundsätze daraus, daß der Gesetzgeber die allgemeinen Lehren des Verwaltungsrechts als "Baustoff" für die auf dem "Fundament" der Verfassung zu errichtenden "Gerüste", nämlich die Gesetze, verwendet.

55) Das ergibt sich insbesondere auch aus den Äußerungen Webers oben S. 15 Fn. 50. Vom "subsidiären Charakter" des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts gegenüber besonderen Verfahrensvorschriften spricht Spanner DÖV 1956 S. 653.

Oftmals reicht auch die Blickrichtung auf die Grundsätze des Verwaltungsverfahrenrechts nicht aus, weil es entweder zu bestimmten Fragestellungen keine Verwaltungsrechtsgrundsätze gibt oder weil die Verwaltung sich ihrerseits an verwandte Rechtsgebiete, nämlich die Verfahrensgrundsätze der Gerichte anlehnt. Zuweilen findet sich im Bereich des Verwaltungsverfahrenrechts der Gebrauch der prozessualen Terminologie, eine Handhabung, die mit dem Stichwort der Justizförmigkeit des Verwaltungsverfahrens angedeutet sein soll⁵⁶⁾. Kann man nun deshalb ohne weiteres die Konsequenz ziehen, Grundsätze des Prozeßrechts auf ein besonderes Verwaltungsverfahren zu übertragen?

Dazu soll zunächst das GWB selbst befragt werden⁵⁷⁾. Auf die Verwaltungsgerichtsgesetze, die der vor den Kartellbehörden verhandelten Sache nach an Kartellverfahren am nächsten stehen, ergibt sich im GWB keine direkte Bezugnahme, obwohl das GWB einzelne, im Verwaltungsstreitverfahren entwickelte Institute rezipiert hat⁵⁸⁾. Es findet sich weder eine die Analogie generell eröffnende Verweisung auf die Grundsätze des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens noch Verweisungen auf einzelne Vorschriften der Verwaltungsgerichtsgesetze, auch nicht, soweit einzelne Institute des Verwaltungsstreitverfahrens ins Kartellverfahren übernommen wurden und eine im GWB unterlassene nähere Ausgestaltung der betreffenden Einrichtung auf diese Weise möglich gewesen wäre. Daß die Technik der speziellen Analo-

56) Unter Hinweis auf die justizähnliche Ausgestaltung des Kartellverfahrens rechtfertigt beispielsweise Junge, GemK § 51 Anm. 16 aE, die analoge Anwendung der VwGO im Kartellverfahren; vgl. ferner KG WuW OLG 346 ("Steinzeug")-WuW 1960 S. 802

57) Zum folgenden vgl. Kull JZ 1961 S. 682

58) Vgl. die §§ 51 Abs. 2 Nr. 4; 53; 56 GWB; vor ihrem Wegfall die §§ 59 - 61 GWB. Diese entsprechen weitgehend den Grundsätzen des Verwaltungsstreitverfahrens, die später in den §§ 63, 65, 86, 123, 68 ff VwGO zusammengefaßt wurden.

gieverweisung dem Gesetzgeber des GwB unbedenklich, ja geläufig war, beweist gerade der I. Titel des 1. Abschnitts des Vierten Teils des GwB⁵⁹⁾.

Da sich aus dem GwB selbst kein Hinweis auf das Verhältnis zum Prozeßrecht ergibt, fragt es sich, ob auf dessen Grundsätze im Kartellverfahren als einem Verwaltungsverfahren dann zurückgegriffen werden kann, wenn sich eine funktionelle Gleichartigkeit zwischen dem Verwaltungsverfahren und dem Verfahren vor den Gerichten feststellen läßt.

Das Verhältnis des Verwaltungsverfahrens zu den gerichtlichen Verfahren wird in dogmatischer Hinsicht in der deutschen Verwaltungsrechtslehre⁶²⁾ überwiegend so verstanden, daß der Gerichtsprozeß zwar eine besondere Verfahrensart darstelle, das Verwaltungsverfahren aber prinzipiell vom Prozeßbegriff zu scheiden sei, ja als dessen Gegenbegriff⁶³⁾ zu gelten habe. Dieser Betrachtungsweise liegt ein vorwiegend tatsächlich-soziologisch orientierter sowie praktischen Bedürfnissen Rechnung tragender Begriff von

59) §§ 54 Abs. 2, 61 Abs. 3 GwB verweisen auf die ZPO; § 55 Abs. 2 GwB auf das OWiG; § 57 Abs. 1 GwB auf das VwZustG.

62) Bettermann, VVDStL Heft 17 S. 118 ff; Spanner DÖV 1958 S. 652; Mayer BayVBl 1960 S. 333; Ule VwArch Bd. 52 (1961) S. 212; Forsthoff, Lehrb. § 5 (8. Aufl. S. 73); weitere Nachweise vor allem bei Bettermann und Forsthoff aaO sowie Becker, Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung.

63) Bettermann aaO S. 119

der Verwaltung zugrunde⁶⁴⁾. Gegenüber dem gerichtlichen Verfahren, dessen Urzweck und Sinn die Rechtsfindung sei, gehe das Handeln der Verwaltung, wie es sich alltäglich in den verschiedensten Verfahrensarten vollzieht, in seinem Ziel weit über die Rechtsfindung hinaus und finde ihr Ziel erst in der Gestaltung und Ausformung des öffentlichen Wohls⁶⁵⁾.

Zwar spiele auch im Bereich der Verwaltung das Recht eine bestimmende Rolle, jedoch in ganz anderer Weise als für den zur Rechtsfindung aufgerufenen Richter⁶⁶⁾. Entsprechend betont man die unterschiedliche Funktion von Verwaltungsverfahren und Gerichtsverfahren, was besonders in eindringlichen Warnungen vor zu starker "justizförmiger" Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens zum Ausdruck kommt⁶⁷⁾. - Damit ist zugleich auch schon angedeutet, daß danach die Anwendbarkeit prozessualer Grundsätze im Verwaltungsverfahren nicht schlechthin zu bejahen ist, sondern daß von diesen nur, soweit die Verwaltungstätigkeit ihrer besonderen Funktion entsprechend dessen bedarf, ein Hinweis auf die gebotene Lösung entnommen werden kann.

In Anlehnung an die für das österreichische Verwaltungsverfahren entwickelte⁶⁸⁾ Auffassung wird

64) Spanner aaO S. 652 unter Hinweis auf die mehr formal-rechtliche Betrachtungsweise in der österreichischen Verwaltungsrechtslehre.

65) Mayer aaO S. 333 f

66) Nach Bettermann aaO S. 120 f ist das materielle wie das verfahrensrelevante Verwaltungsrecht als Verhaltensnorm zu qualifizieren, d.h. als Norm, nach der sich die Rechtsgenossen einschließlich der Verwaltungsbehörde zu richten haben. Dagegen bedeute für den Richter allein das Prozeßrecht, soweit es an ihn adressiert ist, eine Verhaltensnorm; das materielle Recht dagegen diene dem Richter als Beurteilungsnorm dazu, das Verhalten der Parteien nach ihr auszurichten.

67) Spanner DÖV 1958 S. 653; Mayer, BayVBl 1960 S. 338; ders. BayVBl 1961 S. 322

68) insbesondere von Merkl, Allg.VwR (1927)

neuerdings der Versuch unternommen⁶⁹⁾, im Gegensatz zu der dargelegten Auffassung das Verfahren vor Gericht dogmatisch als Rechtsprozeß zu verstehen. Kern der Begründung für diese im deutschen Verwaltungsrecht neuartige Betrachtungsweise ist einerseits die Feststellung⁷⁰⁾, daß der Rechtsprozeß zu Unrecht mit dem kontradiktorischen Verfahren, dem Zweiparteienverfahren, identifiziert werde, da er immer schon dann versage, wenn den Gerichten nur eine Person gegenübersteht. Das Verwaltungsverfahren sei daher nicht schon deshalb kein Rechtsprozeß, weil die Verwaltungsbehörde zumeist⁷¹⁾ nicht als außerhalb des Streits befindliche Stelle einen vor ihr ausgetragenen Streit entscheidet, sondern gegenüber Personen, meist gegenüber einer einzigen Person eine Entscheidung in eigener Sache trifft. - Zum anderen⁷²⁾ müsse die Ausdehnung des Prozeßbegriffs auf die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden aus einer zu erweiternden prozessualen Problemstellung für gerechtfertigt erachtet werden. Wesen und Aufgabe des Rechtsprozesses sei es, bei der hoheitlichen Vollziehung des materiellen Rechts einen bestimmten rechtlich vorgeschriebenen Weg einzuhalten. Materielles Recht werde aber nicht nur von den Gerichten, sondern auch von den Verwaltungsbehörden vollzogen. Dieser Grundsatz gelte für die gesamte obrigkeitliche Verwaltung⁷³⁾, für die es

69) Becker, Das Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung. - Kritische, die dogmatische Grundlegung Beckers ablehnende Stellungnahmen: Werner, JZ 1961 S. 301; Mayer, BayVBl 1961 S. 322; Blümel, Der Staat 1962 S. 382; Ule, VwArch Bd. 42 S. 212

70) Becker aaO S. 13 unter Hinweis auf den Strafprozeß

71) Als Ausnahmen nennt Becker aaO S. 13 Fn. 21 die Entscheidungen der Polizeibehörde über Ersatzansprüche wegen Wild- und Fischereischäden und solche bei bestimmten wasserrechtlichen Streitigkeiten.

72) Becker S. 16 ff

73) Ausgeklammert wird der Bereich des Verwaltungsprivatrechts sowie fiskalische Tätigkeiten; vgl. Becker S. 24 f.

nach der heute überwiegend vertretenen Meinung keinen rechtsfreien Raum mehr gebe, die vielmehr einschließlich ihrer Ermessenstätigkeit rechtssatzgebunden sei. Mangels materieller Unterschiede zwischen Gerichts- und Verwaltungstätigkeit sei auch das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden mit denjenigen vor den Gerichten gleichzusetzen, d.h. beide seien gleichermaßen als Rechtsprozeß zu verstehen. Die Prozeßeigenschaft werde nicht durch den lediglich organisatorischen Unterschied berührt, daß die Gerichte als unabhängige Stellen, die Verwaltungsbehörden aber in eigener Sache und damit als "Partei" und "Richter" in einer Person entscheiden⁷⁴⁾. - Aus diesem Grunde wird die direkte Anwendbarkeit prozessualer Normen im Verwaltungsverfahren bejaht; allerdings müsse darauf geachtet werden, daß nur solche prozessualen Grundsätze Verwendung finden, die allgemeine Geltung beanspruchen können⁷⁵⁾.

Trotz ihres verschiedenartigen dogmatischen Ausgangspunktes nähern sich die wiedergegebenen Ansichten in der hier interessierenden praktischen Konsequenz wieder an. Während nach der herkömmlichen Lehre die prozessualen Grundsätze zwar nicht direkt und unbesehen, aber doch entsprechend und jeweils unter Berücksichtigung der eigenständigen Verwaltungsfunktionen auf das Verwaltungsverfahren anwendbar sind, kann man nach der an der österreichischen Lehre orientierten Gegenansicht die direkte Anwendung allgemeiner Grundsätze des Prozeßrechts betreiben, muß dabei aber den besonderen Verfahrenstypen und deren Institutionen Rechnung tragen⁷⁶⁾.

74) Becker S. 24 ff

75) Becker S. 40 f

76) Es kann wegen der Ähnlichkeit im praktischen Ergebnis auf eine weitere Auseinandersetzung mit der Dogmatik verzichtet werden. Das um so mehr, als Becker gerade hinsichtlich der Beteiligtenregelung zugeben muß, daß das Verwaltungsverfahren seine Eigengesetzlichkeiten hat. Vgl. Becker S. 70 f, 166; Ule-Becker S. 29.

§ 2. Die Beteiligung am Kartellverfahren

Die Einrichtung eines Verfahrens vor einer hoheitlichen Stelle bringt ganz selbstverständlich den Begriff des Beteiligten an diesem Verfahren mit sich. Denn wenn man unter einem Verfahren die rechtliche Ausgestaltung des Weges versteht, den die hoheitliche Stelle bis zum Erlaß der Entscheidung gegenüber den Rechtsunterworfenen zurückzulegen hat, so wird eine Beziehung der handelnden Behörde zu außerhalb dieser Behörde stehenden Personen oder Stellen vorausgesetzt¹⁾. Das gleiche ist gemeint, wenn gesagt wird, eine Behörde könne nicht ein Verfahren mit sich selbst durchführen²⁾. Die Existenz des Verfahrensbeteiligten folgt also aus dem Begriff des Verfahrens.

Auch der Sinn und der Aufbau eines geordneten Verfahrens erfordern die Einräumung einer Sonderstellung für die Gruppe von Personen, um derentwillen das Verfahren eingerichtet ist und im Einzelfall durchgeführt wird³⁾. Das Verfahren, das ja die Mitwirkung des einzelnen an der Vorbereitung der hoheitlichen Entscheidung ausgestalten und gewährleisten soll, vermag dieser Aufgabe nur gerecht zu werden, wenn es die zur Mitwirkung Berechtigten und ihre Rechte im Verfahren definiert und umgrenzt.

Die inhaltliche Bestimmung des Begriffs des an einem Verwaltungsverfahren Beteiligten ist auf verschiedene Weise möglich. Ausgehend vom sprachlichen Gehalt des Wortes "Beteiligung" am Verfahren könnte man alle diejenigen einbeziehen, die mit der ver-

1) Einzelbegründung EVerwVerfG 1963 zu § 10 (S. 100)

2) Hellbling S. 118

3) Vgl. Lent-Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit (4.Aufl.) S. 22 zum Verfahren der freiw.G.

handelten Sache und deswegen zugleich auch mit deren verfahrensmäßiger Behandlung in Berührung stehen. Vom Wortsinn ausgeschlossen sind diejenigen, die im Verfahren auftreten, ohne an der verhandelten Sache selbst teilzuhaben, wie etwa Zeugen und Sachverständige.

In diesem Sinne beteiligt sind zunächst alle diejenigen Bürger, die am Verfahren mitwirken dürfen, weil sie von der verhandelten Sache betroffen sind; ferner von der entscheidenden Stelle verschiedene Behörden, soweit sie an dem Verfahren vor der entscheidenden Behörde mitwirken dürfen, weil auch sie die verhandelte Sache angeht.

Ist daneben auch die entscheidende Behörde am Verfahren, das vor ihr seinen Gang nimmt, in diesem Sinne beteiligt? Versteht man die Verwaltungstätigkeit mit der Überwiegenden Meinung⁴⁾ nicht lediglich als schlichte Rechtsanwendung, sondern darüber hinaus als Gestaltung und Ausformung der Lebenswirklichkeit im Dienste des öffentlichen Wohls, dann ist die im Verwaltungsverfahren verhandelte Sache auch gerade eine Angelegenheit der entscheidenden Behörde. Ihre sich daraus ableitende Verfahrensbeteiligung⁵⁾ zeichnet sich gegenüber derjenigen der anderen Behörden dadurch aus, daß sie ihr als der entscheidenden Behörde die Herrschaft über das Verfahren gibt. Gänzlich verschiedenartig dazu stellt sich die Stellung des Gerichts im Gerichtsverfahren dar. Der Richter entscheidet als unparteilicher Dritter über einen Streit zwischen Rechtsgenossen, der als abgeschlossener Sachverhalt allein seiner Rechtsfindung unterliegt. Jedenfalls bei Zugrundelegung der typischen Kriterien von Verwaltungstätigkeit und Rechtsprechung treten die konträren Ausgangspositionen zutage: hier die Verwaltungsbehörde

4) Vgl. oben § 1 S. 20 Fn. 62

5) Mayer, BayVBl 1960 S. 334

als in eigener Sache entscheidende Stelle und damit als "Beteiligte" im Verwaltungsverfahren, dort das Gericht als unparteilicher Dritter, der an dem Verfahren, das sich vor ihm abspielt, selbst nicht beteiligt ist⁶⁾.

In einem demgegenüber eingeengten Sinne wird die Beteiligung am Verwaltungsverfahren von gesetzlichen Vorschriften verstanden, die die Verfahrensbeteiligung positiv regeln. Der Begriff des Beteiligten im technischen Sinn ist enger gehalten als der im untechnischen Sinn verstandene und bereits dargelegte Beteiligtenbegriff. Die Gesetze sehen die entscheidende Verwaltungsbehörde selbst nicht als Verfahrensbeteiligte an. In Übereinstimmung damit geht auch die Beteiligtenregelung des Kartellverfahrens von dem eingeengten Beteiligtenbegriff aus. So verwendet § 51 Abs. 2, 3 GWB den Begriff der Beteiligung nur für diejenigen Personen oder Behörden, die an dem Verfahren v o r der Kartellbehörde mitwirken; die entscheidende Kartellbehörde selbst ist also im Sinne des GWB nicht am Kartellverfahren beteiligt. Entsprechend ist, soweit im folgenden von einer am Kartellverfahren beteiligten Behörde die Rede ist, damit immer eine von der entscheidenden Behörde verschiedene Stelle gemeint.

Bezüglich der Beteiligung am Verfahren vor den Kartellbehörden ist gegenüber dem im untechnischen Sinne verstandenen Beteiligtenbegriff eine weitere Einschränkung zu machen. Das ist deswegen erforderlich, weil die Verfahrensbeteiligung im untechnischen Sinn keine besonders qualifizierte Mitwirkung voraussetzt, sondern eben jede Mitwirkung genügen läßt, das GWB aber neben verfahrensmäßigen Mitwirkungsrechten, die den "Beteiligten" zustehen, auch eine weniger stark ausgeprägte Mitwirkung von solchen vorsieht, die es nicht als "Beteiligte" bezeichnet, die insbesondere nicht die in § 51 Abs. 2 und 3 GWB

6) Ule, VerwArch Bd. 52 (1961) S. 212

normierten Voraussetzungen der Beteiligtenstellung zu erfüllen brauchen. Gemeint sind die Vertreter der von dem Kartellverfahren berührten Wirtschaftskreise, denen die Kartellbehörde gem. § 53 Abs. 2 GWB in geeigneten Fällen Gelegenheit zur Stellungnahme im Verfahren geben kann. Im Sinne des GWB sind diese nicht am Kartellverfahren beteiligt, obwohl sie in gewisser Weise durch die Abgabe einer - regelmäßig einmaligen - Stellungnahme am Kartellverfahren mitwirken dürfen, weil sie vom Verfahren berührt werden, weil also in irgendeiner Weise auch ihre Angelegenheit verhandelt wird. - Anhörung ohne Verfahrensbeteiligung ist ferner in §§ 2 Abs. 2, 3 Abs. 2 und 5 Abs. 1 in Verbindung mit § 9 Abs. 2 Satz 2 GWB dadurch vorgeschrieben, daß die Anmelder von Konditionen-, Rabatt- und Rationalisierungskartellen der Anmeldung Stellungnahmen betroffener Wirtschaftskreise beizufügen haben. Weder brauchen die betroffenen Wirtschaftskreise die Voraussetzungen der Beteiligtenstellung gem. § 51 Abs. 2 GWB zu erfüllen noch werden sie dadurch zu Verfahrensbeteiligten, daß ihre Stellungnahmen bei der Überprüfung des angemeldeten Kartells im Rahmen des Widerspruchsverfahrens⁷⁾ berücksichtigt werden. Die vorverlegte Anhörung der betroffenen Wirtschaftskreise bei Anmeldekartellen⁸⁾ ist vielmehr eine von der Verfahrensbeteiligung zu trennende Institution, wiederum ungeachtet dessen, daß die Kartellbehörde die Stellungnahme von solchen

-
- 7) Da die Kartellanmeldung nicht immer ein Kartellverfahren auslöst (vgl. unten § 15) ist diese Form der Anhörung allerdings nicht notwendig mit einem Kartellverfahren verbunden.
- 8) Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung, S. 161 f, sieht diese Form der Anhörung im Zusammenhang mit der den Kartellpartnern möglichen einseitigen Normierung des Privatrechtsverkehrs. Da eine Mitwirkung der Partner des Einzelvertrages bzw. der betroffenen Dritten begrifflich unmöglich ist, seien deren Interessen bei den Kartellbehörden institutionalisiert. Um der Behörde diese Aufgabe zu erleichtern und den Betroffenen eine Art "rechtlichen Gehörs" zu sichern, sei die vorverlegte Anhörung vorgeschrieben.

Wirtschaftskreisen einholt, deren Sache sie im Verwaltungsverfahren verhandelt, und den Inhalt der Stellungnahme ihrer abschließenden Entscheidung mit zugrunde legt.

Wodurch aber sieht sich das GWB veranlaßt, einen Teil der am Kartellverfahren Mitwirkenden als Beteiligte zu bezeichnen, den sonstigen Mitwirkenden aber eine gleiche oder ähnliche Rechtsstellung zu versagen? Eine Ursache dafür ist die Tatsache, daß mit dem Begriff des am Verwaltungsverfahren Beteiligten in älteren⁹⁾ und neueren¹⁰⁾ Verwaltungsverfahrensgesetzen allgemein der Personenkreis bezeichnet wird, dem im Verwaltungsverfahren rechtliches Gehör gewährt werden soll. Dem entspricht auch die Regelung des GWB: Lediglich den "Beteiligten" steht ein Anspruch auf rechtliches Gehör zu (§ 53 Abs. 1), wenn darüber hinaus die Anhörung weiterer Personen und Personengruppen vorgesehen ist, so geschieht das weniger, um einem noch größeren Personenkreis die Möglichkeit der Verfahrensbeeinflussung zu sichern; vielmehr dienen diese Mitwirkungsmöglichkeiten unmittelbar allein dem Informationsbedürfnis der entscheidenden Behörde¹¹⁾. Das zeigt sich auch daran, daß die sonstigen Mitwirkenden nicht nur nach ihrer Nähe zur verhandelten Sache, sondern auch unabhängig davon nach ihrer Eig-

9) Vgl. z.B. §§ 37, 43 Abs. 2 u. 3, 45 Abs. 3 (österreich.) AVG

10) §§ 11 des Gesetzes über das Verfahren der Berliner Verwaltung vom 2. Oktober 1958 (GVBl S. 951) 87 schl-h LVwG, 21, 22 LVwVerfG 1963; allgemein dazu Ule-Becker S. 37, Rasch in M.v. Brauchitsch: Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder Bd. I S. 20, 22.

11) Im Gegensatz zu den Beteiligten im (technischen) Sinne des GWB wird im allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht von einer "schwächeren Form" der Verfahrensbeteiligung gesprochen, wenn etwa Gebietskörperschaften, Berufs- und Wirtschaftsverbände lediglich zum Zwecke der Anhörung in das Verfahren eingebaut sind. Vgl. Becker S. 169 mwN. - Man wird die genannten Anhörungsvorschriften des GWB als ein minus gegenüber der Verfahrensbeteiligung, jedoch als ein plus gegenüber der Verfahrensstellung der Zeugen und Sachverständigen werten müssen.

nung zur Übermittlung repräsentativen und informativen Verfahrensmaterials bestimmt werden¹²⁾. Beseichnend ist weiter, daß sie keinen Anspruch auf Anhörung haben. Bei der Anmeldung von Kartellen bleibt es dem Anmelder überlassen, einen für die betreffende Wirtschaftsstufe repräsentativen Kreis um eine Stellungnahme zu bitten. Die Gewährung der Möglichkeit zur Stellungnahme nach § 53 Abs. 2 GWB liegt ganz in der Hand der Kartellbehörde und begründet keinen Anspruch für die berührten Wirtschaftskreise¹²⁾. Die Verfahrensbeteiligten dagegen haben einen Anspruch auf Anhörung. Im übrigen handelt es sich bei der Anhörung der sonstigen Verfahrensmitwirkenden schon wesensmäßig nicht um die Gewährung rechtlichen Gehörs, denn es geht nicht wie bei diesem darum, daß Betroffene sich zu dem Stoff, der jeweils im einzelnen Verfahren verhandelt wird, sollen äußern dürfen. Weder die betroffenen Wirtschaftsstufen nach §§ 2, 3, 5 GWB noch diejenigen des § 53 Abs. 2 GWB werden durch ihre Stellungnahmen in die Verhandlungen im Rahmen des Verfahrens eingeschaltet. Regelmäßig begnügt man sich mit einer einmaligen Stellungnahme, da schon eine solche die gewünschte Information zu bieten vermag.

Als Ergebnis der angestellten begrifflichen Abgrenzung der Beteiligung am Kartellverfahren in dem vom GWB verstandenen und hier im folgenden zu verstehenden Sinn von den sonstigen am Kartellverfahren Mitwirkenden bleibt nicht nur die negative Ausscheidung der letzteren aus dem Kreis der zur Erörterung anstehenden Verfahrensbeteiligten. Es tritt vielmehr zugleich eine positive Aussage über den wesensmäßigen Inhalt des Begriffs der Beteiligung am Kartellverfahren zutage, nämlich der Grundsatz, daß diese primär die Gewährung rechtlichen Gehörs im Kartellverfahren betrifft. Zwar wird an die

12) Vgl. dazu unten

Verfahrensbeteiligung zugleich der Erwerb weiterer Rechte, vornehmlich von Rechtsmittelrechten, geknüpft, und es soll nicht übersehen werden, daß diese Rechte für die Beteiligten genau so von Interesse oder zuweilen gar von größerem Interesse sind als die Mitwirkungsrechte. Dennoch besteht der eigentliche Inhalt des Begriffs der Verfahrensbeteiligung in der Gewährung rechtlichen Gehörs und der damit zusammenhängenden Berechtigung der Beteiligten, schon am Zustandekommen der behördlichen Entscheidung mitzuwirken.

Demgegenüber tritt eine etwaige Verpflichtung zur Mitwirkung am Verfahren, die aus dem öffentlichen Interesse an einer möglichst erschöpfenden Sachaufklärung hergeleitet werden könnte, völlig in den Hintergrund. Dem allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht sind Mitwirkungspflichten vor allem deswegen fremd, weil das darin eingeschlossene Ergebnis, daß ein Beteiligter auch zur Aufklärung ihn selbst belastender Umstände beitragen müßte, unvertretbar wäre¹³⁾. Die besonderen Zwecke des Kartellverwaltungsverfahrens erfordern keine Sonderregelung. Das GWB trennt deutlich zwischen behördlichen Ermittlungsrechten gegenüber Unternehmen (§ 46 GWB) und den Rechten der Verfahrensbeteiligten im Verwaltungsverfahren¹⁴⁾. Ihre Ermittlungsbefugnisse kann die Kartellbehörde mit Zwangsmitteln durchsetzen. Dagegen steht es den Beteiligten am Verfahren frei, von ihren Verfahrensrechten Gebrauch zu machen.

Damit stünde nicht etwa eine Vorschrift in Widerspruch, die die Pflicht zur Erstattung von Kosten, die einem Verfahrensbeteiligten im Verwaltungsverfahren entstanden sind, einem anderen Beteiligten

13) § 18 EVwVerfG 1963 schlägt im Hinblick auf diese Problematik eine Sollbestimmung vor. Vgl. auch Einzelbegründung zu § 18 EVwVerfG 1963 S. 119; § 84 Abs. 2 schl.-h LVwG

14) besonders § 53 Abs. 1

auferlegt¹⁵⁾. Eine derartige Regelung der Kosten-
erstattung begründet keine Pflichten im Verfahren
selbst, sie wirkt sich lediglich außerhalb des Ver-
fahrens aus. Die Kostenerstattungspflicht ist auch
nicht notwendig mit der Verfahrensbeteiligung ver-
knüpft. Denn grundsätzlich trägt derjenige, der sich
an **Verwaltungsverfahren** beteiligt, seine Kosten
selbst¹⁶⁾. Wenn einem Beteiligten die Erstattung
von Kosten anderer Beteiligter auferlegt wird, so
geschieht das, weil es die Billigkeit wegen der be-
sonderen Umstände erfordert, nicht aber aufgrund
der Verfahrensstellung des Beteiligten¹⁷⁾. Diese ist,
wie gesagt, Ausprägung des Grundsatzes des recht-
lichen Gehörs und beschränkt sich auf die Verleihung
von Rechten.

Rechtliches Gehör im **Verwaltungsverfahren** wird
vorwiegend im Hinblick auf die Grundsätze des

-
- 15) Vgl. dazu § 14 GebVO-GWB. Gemäß Beschluß vom
11. Oktober 1966 des BVerfG (NJW 1967 S. 339)
ist die GebVO-GWB wegen Verstoßes gegen Art. 80
Abs. 1 Satz 2 GG nichtig.
Nach § 14 kann die Kartellbehörde anordnen, daß
die einem Beteiligten entstandenen Kosten, so-
weit sie zur zweckentsprechenden Erledigung der
Angelegenheit notwendig waren, von einem anderen
Beteiligten ganz oder teilweise zu erstatten
sind, wenn dies der Billigkeit entspricht. Hat
ein Beteiligter Kosten durch grobes Verschulden
veranlaßt, sind sie ihm aufzuerlegen.
- 16) Für das allgemeine **Verwaltungsverfahren** ist die-
ser Grundsatz in § 74 Abs. 1 und 2 (Bsterr.)
AVG niedergelegt. Für das Kartellverfahren vgl.
BKartA in BB 1963 S. 269; von Renthe-Pink GemK
§ 14 GebVO-GWB Anm. 1; Langen § 77 Rdn. 5.
- 17) Für die Bestimmung der Kostenschuldner der Ver-
waltungsgebühren ergibt sich das schon aus dem
Wortlaut des § 6 GebVO-GWB.

Rechtsstaates für erforderlich gehalten¹⁸⁾ und an diesen gemessen. Der Verwirklichung des Zieles des Rechtsstaates, nämlich der Erlangung und Erhaltung der materiellen Gerechtigkeit im staatlichen und staatlich beeinflussbaren Bereich¹⁹⁾, sollen die Verfahrensordnungen dadurch dienen, daß diejenigen, deren Rechtssphäre von einer hoheitlichen Entscheidung verändert werden kann, den Grundsätzen des rechtlichen Gehörs entsprechende Einwirkungsmöglichkeiten auf die Willensbildung der staatlichen Stelle erhalten, um damit die Voraussetzungen für eine möglichst gerechte Entscheidung zu fördern. Zu einer gerechten Entscheidungstätigkeit ist die Verwaltung verfassungsmäßig verpflichtet, wie sich aus ihrer Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) ergibt. Die Bindung an das Gesetz wiederum verlangt eine gesetzliche Ermächtigung zur Verwaltungstätigkeit, die bei rechtlich gebundenen Verwaltungsakten nur dann vorliegt, wenn der Tatbestand der gesetzlichen Bestimmung gegeben ist, die den Erlass des Verwaltungsakts als Rechtsfolge vorsieht. Ob der Tatbestand gegeben ist, laßt sich aber nicht einwandfrei ermitteln, ohne daß dem Adressaten des Verwal-

18) Die verfassungsmäßige Garantie der Gewähr rechtlichen Gehörs im Verwaltungsverfahren ergibt sich nicht wie bei Gerichtsverfahren unmittelbar aus Art. 103 GG, sondern nach Überwiegender Meinung aus dem Rechtsstaatsprinzip; vgl. VGH München, BGHE Bd. 67 (nF Bd. 4) S. 164; Forsthoff, Lehrb. § 12 c (8. Aufl. S. 217); derselbe: Festschrift für Isay S. 111 jeweils mwN; Fellner, VwArch. Bd. 48 (1957) S. 103 unter Hinweis auf OVG Münster JZ 1955 S. 290 und BVerfGE Bd. 4 S. 190; Maunz-Dürig Art. 103 GG Rdn. 92 ff mwN. - Nach Dürig (aaO Rdn. 92; Art. 1 Rdn. 36 Fn. 1) ist der Grundsatz rechtlichen Gehörs in seinem Kern letztlich auch in Art. 1 Abs. 1 GG verankert; ebenso Wintrich, BayVBl 1957 S. 139; Röhl NJW 1958 S. 1268 ff; Arndt NJW 1959 S. 6 ff; kritisch: Lerche ZJP Bd. 78 (1965) S. 23 Fn. 52; zurückhaltend auch BVerfGE Bd. 7 S. 275 ff (279). - König DVB1 1959 S. 189 ff begründet dagegen das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren mit den Verwaltungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Notwendigkeit.

19) Maunz-Dürig Art. 20 GG Rdn. 58, 59

tung: akts Gelegenheit dazu gegeben wird, sich zu dem von der Verwaltungsbehörde ermittelten Sachverhalt, der den Tatbestand der gesetzlichen Bestimmung verwirklichen soll, zu äußern²⁰⁾. Dasselbe gilt entsprechend für Ermessensentscheidungen, weil solche nur dann fehlerfrei sind, wenn die Verwaltungsbehörde von einem richtigen Sachverhalt ausgeht. Die Beteiligung am Verfahren als die Institution, die die private Mitwirkung an der Sachverhaltsermittlung wesensmäßig zum Gegenstand hat, ist auf diese Weise mit dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit untrennbar verknüpft. Folglich sind zugleich auch die mit der Beteiligung am Kartellverfahren als einem Verwaltungsverfahren zusammenhängenden Fragen, also sowohl die Bestimmung desjenigen Personenkreises, dem die Stellung eines Verfahrensbeteiligten zukommt, als auch die Ausgestaltung dieser Stellung mit besonderen Rechten, in enger Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip zu sehen. Nur dann werden diese Fragen im richtigen Lichte gesehen, wenn man die Verfahrensbeteiligung als Ausdruck des tiefgreifenden Wandels versteht, der mit der Durchsetzung des rechtsstaatlichen Prinzips erfolgte, daß nämlich derjenige, der mit der Verwaltung zu tun hat, "nicht mehr das Objekt der Tätigkeit der Behörden ist, die das Verfahren mehr oder minder nach ihrem Gutdünken führen können, daß er vielmehr zu einem Teilnehmer am Verfahren geworden ist, das sich nach bestimmten Regeln abzuspielen hat und in dem er mit allen erforderlichen Rechten zur Führung seines Rechtsstandpunktes und seiner Interessen ausgestattet ist"²¹⁾.

20) Ausführlich: Ule DVBl 1963 S. 476 f

21) Mannlicher § 8 AVG Anm. 1

1. Hauptteil

Der am Kartellverfahren zu beteiligende Kreis von Personen und staatlichen Stellen.

Die Bestimmung des am Kartellverfahren zu beteiligten Personenkreises betrifft die Frage, wem im einzelnen die Rechte der Mitwirkung am Verfahren und die übrigen gerade den "Beteiligten" zugesprochenen Rechte¹⁾ gewahrt werden sollen. Daß nicht schlecht-hin quivis ex populo diese Rechte geltend machen darf, ist ein Grundsatz, welcher mit der Konzeption sämtlicher Verwaltungsverfahrensordnungen in Einklang steht²⁾. Vor allem aus Gründen der Verfahrensökonomie ist eine Einschränkung des zur Mitwirkung am Verfahren berechtigten Personenkreises, zugleich aber auch eine Umgrenzung der für die Verfahrensbeteiligung geeigneten Personengruppe erforderlich. Dies wird um so unentbehrlicher, je stärker ein Bedürfnis nach besonders rascher und vereinfachter Verwaltungsentscheidung anzuerkennen ist. Einer positiven gesetzlichen Umschreibung des zur Mitwirkung berechtigten Personenkreises wird man gerade dann bedürfen, wenn zu erwarten ist, daß mehr Personen in den Ausstrahlungsbereich der betreffenden Verwaltungstätigkeit hineingezogen werden und deshalb an deren Zustandekommen mitwirken wollen, als es einem geordneten Verwaltungsverfahren zukommt.

Aus diesen Gründen konnte bei der verfahrensmäßigen Regelung der Kartellverwaltungsangelegenheiten nicht an der positiven Einschränkung des am Kartellverfahren beteiligten Personenkreises vorbeigegangen werden. Kartellverwaltungsentscheidungen, die ja regelmäßig weitreichende Eingriffe in das

-
- 1) Die Rechte selbst werden im 2. Hauptteil erörtert.
 - 2) So Becker S. 166 in seiner rechtsvergleichenden Arbeit für alle solche Rechtsordnungen, die auch im öffentlichen Recht dem Individualinteresse seinen Platz einräumen.

wirtschaftliche Geschehen darstellen, dulden es nicht, durch ungebührliche Verzögerung des der Entscheidung vorausgehenden Verfahrens hinausgeschoben zu werden. Durch eine Einschränkung der Mitwirkungsberechtigung kann immerhin verhindert werden, daß durch die Mitwirkung etwa von zu Verfahrenshandlungen unfähigen Personen oder durch die Mitwirkung einer zu großen Anzahl an der Entscheidung Interessierter das Kartellverfahren blockiert wird. Die Wahrscheinlichkeit eines Mitwirkungsinteresses breiter Personenkreise dürfte gerade bei Kartellverwaltungsentscheidungen sehr groß sein, da die Interessen der am Wirtschaftsleben beteiligten Personen und Personengruppen dicht ineinander verzahnt sind, so daß jeweils die Möglichkeit besteht, daß eine bestimmte kartellbehördliche Entscheidung eine Unzahl einzelner oder mehrerer in formellen oder informellen Gruppierungen als Gegner oder Befürworter dieser Maßnahme auf den Plan ruft, die durch Mitwirkung am Kartellverfahren die Entscheidung in ihrem Sinne beeinflussen möchten.

Allerdings sind auch für das Kartellverfahren der Reglementierung des zu beteiligenden Personenkreises Grenzen gesetzt. Das ergibt sich aus Sinn und Funktion der Verfahrensbeteiligung. Die Institution des Beteiligten soll die Gewährung rechtlichen Gehörs im Verfahren selbst sichern und zugleich teilweise auch diejenigen bezeichnen, die zur Anrufung des gerichtlichen Schutzes gegen Akte hoheitlicher Gewalt legitimiert sind. Beide Bereiche sind aber in gewissem Umfang durch Rechtssätze allgemeinen oder gar verfassungsrechtlichen Charakters geschützt. Es kommt hinzu, daß wegen der besonders weitreichenden rechtlichen und wirtschaftlichen Konsequenzen kartellbehördlicher Verwaltungstätigkeit der Rechtsschutzgedanke im Kartellverfahren bevorzugte Beachtung verdient³⁾.

3) Es spielen hier also die gleichen Erwägungen eine Rolle wie bei der Erörterung der Frage, ob ein Verwaltungsverfahren förmlich ausgestaltet sein soll. Vgl. oben § 1 (S. 13 ff).

§ 3. Die Teilnahmevoraussetzungen

Der Kreis der am Kartellverfahren als einem Verwaltungsverfahren beteiligten und zu aktiver Mitwirkung am Verfahren fähigen Personen und staatlichen Stellen wird durch die Aufstellung bestimmter Teilnahmevoraussetzungen eingeschränkt und bestimmt. Die in Verwaltungsverfahren allgemein gebräuchlichen Teilnahmevoraussetzungen lassen sich in drei Gruppen von Erfordernissen aufteilen, nämlich die Beteiligtenfähigkeit, die Handlungsfähigkeit und die Beteiligtenstellung. Auch der Bestimmung der Beteiligten am Kartellverfahren liegt diese Dreiteilung zugrunde, wie überhaupt die Teilnahmevoraussetzungen des Kartellverfahrens weitgehend durch die entsprechenden Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts bestimmt und erst im Zusammenhang mit diesen verständiglich werden.

I. Die Beteiligtenfähigkeit

Die Beteiligtenfähigkeit betrifft abstrakt die Frage, wer am Verfahren teilnehmen *k a n n*, d.h. wer verfahrensmäßig rechtsfähig ist.

Die Voraussetzungen der Beteiligtenfähigkeit im Verwaltungsverfahren knüpfen zunächst, soweit keine besonderen verwaltungsrechtlichen Vorschriften bestehen, an die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über die Rechtsfähigkeit an¹⁾. Zur Beteiligung fähig sind deshalb grundsätzlich alle natürlichen und juristischen Personen. Daneben entspricht es alter verwaltungsrechtlicher Handhabung, den Kreis der Beteiligungsfähigen auf Träger von Verwaltungsbefugnissen und in größerem Umfang als das bürgerliche

1) Herrnhirt S. 53; Melichar VVDStL Heft 17 S. 202 f; im Ergebnis übereinstimmend, aber in anderer, die Eigenheiten der einzelnen Verwaltungsrechtsmaterie berücksichtigender Akzentsetzung: Forsthoff, Lehrbuch § 10 (8. Aufl. S. 165 f).

Recht auf Personen und Sacheinheiten auszudehnen²⁾, soweit sie Zuordnungssubjekt mindestens eines Rechtssatzes sind und daher Rechtssubjektivität besitzen^{2a)}.

Neuere Verwaltungsverfahrensgesetze, die sich sowohl an dieser Tradition, zugleich aber auch an der Regelung der Beteiligtenfähigkeit in § 61 VwGO orientieren, beziehen deshalb solche Vereinigungen, "denen irgendein Recht zustehen kann", sowie Behörden in den Kreis der Beteiligtenfähigen ein³⁾.

Für das Kartellverfahren ist die Beteiligtenfähigkeit⁴⁾ in § 76 GWB⁵⁾ positiv geregelt. An Kartellverwaltungssachen und damit an Kartellverfahren können sich nach dieser Vorschrift außer natürlichen und juristischen Personen auch nicht-rechtsfähige Personenvereinigungen beteiligen. Zwar ist die Beteiligung von Behörden in § 76 GWB nicht ausdrücklich erwähnt. An anderer Stelle⁶⁾ sieht das Gesetz aber ausdrücklich die Beteiligung von Kartellbehörden am Verfahren in Kartellverwaltungssachen vor. Daraus kann nur geschlossen werden, daß § 76 über die Beteiligtenfähigkeit von Behörden nichts aussagt und deswegen für ein Abgehen von der Übung anderer Verwaltungsverfahren nicht herangezogen werden kann. Es ist deshalb an der Beteiligtenfähigkeit von Behörden auch für Kartellverfahren festzuhalten.

2) Forsthoff, Lehrb. § 10 (8. Aufl. S. 165 f) mit Beispielen, z.B. § 1 ReichsGaststG; v. Renthe-Fink, GemK § 76 Anm. 16, 17.

2a) Die Unterscheidung von Rechtssubjektivität in diesem Sinne und Rechtsfähigkeit als der Eignung, in einem System von Rechtssätzen im Verhältnis zu anderen Träger von Pflichten und Rechten zu sein, hat Wolff (Lehrb. I § 32 III) entwickelt. Zur Deckungsgleichheit zwischen Beteiligtenfähigkeit und Rechtssubjektivität: Wolff, Lehrb. III § 156 III c 1.

3) An Verwaltungsverfahren können schlechthin "Behörden" beteiligt werden. Vgl. § 10 EVwVerfG a.E. (S. 101). Am Verfahren vor den Verwaltungsgerichten werden Behörden beteiligt, soweit das Landesrecht dieses bestimmt, § 61 Nr. 1 VwGO. Siehe ferner: § 76 schl.-h. LVwG.

4) zum folgenden vgl. v. Renthe-Fink, GemK § 76 Anm. 1 ff; Tiffert, GemK (1. Aufl.) § 76 Anm. 1 ff.

5) § 76 GWB gilt allgemein für Kartellverwaltungssachen, nicht aber für Kartellbußgeldsachen und Kartellstreitsachen (bürgerliche Rechtsstreitigkeiten).

6) § 51 Abs. 3: Beteiligung des Bundeskartellamtes an Verwaltungsverfahren; § 66 Abs. 2: Beteiligung des Bundeskartellamtes an Beschwerdeverfahren; § 66 Abs. 1 Nr. 2: Beteiligung der jeweiligen Kartellbehörde an Beschwerdeverfahren.

Es fällt auf, daß - analog zum Verwaltungsprozeß (§ 61 Nr. 2 VwGO) - nicht-rechtsfähige Personenvereinigungen ohne Rücksicht auf ihre aktive oder passive Rolle beteiligtenfähig sind, so daß insoweit ein wesentlicher Unterschied sowohl zu anderen Verwaltungsverfahren als auch zu der entsprechenden Regelung des Zivilprozesses (§ 50 ZPO) besteht. Der Gesetzgeber hat die seiner Ermessensentscheidung überlassene Ausdehnung der beteiligungsfähigen Personenvereinigungen deshalb großzügig gehandhabt, weil die der Verfahrensregelung zugrunde liegende Rechtsmaterie⁷⁾, nämlich die Verwaltungstätigkeit der Kartellbehörden gegenüber einer Vielzahl wirtschaftlicher Vereinigungsformen, es so fordert. Gerade bei Verwaltungsakten gegenüber Vereinigungen, die keine Rechtsfähigkeit besitzen, können sich Unklarheiten in bezug auf ihr Verhältnis zur Kartellbehörde ergeben, etwa wenn Mitglieder eines Kartells oder einer Berufsvereinigung wechseln oder Namen und Anschriften der Mitglieder nicht bekannt sind⁸⁾. Im Zusammenwirken mit §§ 36, 37 GWB sorgt die weite Fassung der Beteiligtenfähigkeit dafür, daß die wettbewerbsrechtlich in Erscheinung tretenden Personenvereinigungen in weitgehender Unabhängigkeit von ihrer Rechtsform den Kartellbehörden gegenüberzutreten können.

Im einzelnen sind zunächst die natürlichen Personen, also alle Menschen beteiligungsfähig. Bezüglich der Abgrenzung kann auf die Grundsätze des Privatrechts⁹⁾ verwiesen werden. Beteiligungsfähig sind ferner die juristischen Personen des privaten¹⁰⁾ wie

7) Auf den Zusammenhang zwischen dem Umfang der Beteiligungsfähigkeit und der speziellen Rechtsmaterie im allgemeinen Verwaltungsrecht weist Forsthoff, Lehrb. § 10 (8. Aufl. S. 165 f) hin.

8) Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf des GWB zu § 29 (abgedruckt in GemK 1. Aufl. S. 1102 f), auch erwähnt in den Ausführungen von v. Renthe-Fink aaO.

9) Vgl. §§ 1 BGB, 50 ZPO; übereinstimmend damit § 61 VwGO sowie Kommentarliteratur dazu.

10) wie rechtsfähige Vereine (vgl. KG WuW/E OLG 317 ("Tapeten"), Beiladung des Verbandes der Deutschen Tapetenfabrikanten e.V., rechtsfähige Stiftungen, Aktiengesellschaften, KG auf Aktien, Genossenschaften, GmbH. Bergrechtliche Gewerkschaften, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit.

des Öffentlichen¹¹⁾ Rechts einschließlich ausländischer juristischer Personen¹²⁾.

Inwieweit daneben auch nicht-rechtsfähige Personenvereinigungen beteiligungsfähig sind, ist entsprechend der dargelegten gesetzgeberischen Absicht weit zu interpretieren. Beteiligungsfähig sind zunächst solche Unternehmen, die in der Form nicht-rechtsfähiger Personenvereinigungen betrieben werden. Darunter fallen sowohl Vereinigungsformen, die einer juristischen Person mehr oder weniger angenähert sind, indem die Rechtsordnung ihnen die Zuständigkeit einzelner Rechte zugesteht, wie beispielsweise bei der Offenen Handelsgesellschaft¹³⁾ und der Kommanditgesellschaft¹⁴⁾, als auch solche, denen Rechte nicht zustehen können, wie etwa die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft¹⁵⁾, der nicht-rechtsfähige Verein und die Reederei nach HGB¹⁶⁾. Dann jedoch, wenn eine Personenverbindung keine gemeinschaftliche Aufgabe hat, wie das etwa bei der schlichten Rechtsgemeinschaft der Fall ist, ist sie keine Personenvereinigung, die ein Unternehmen betreibt, so daß man ihr

-
- 11) Körperschaften, Stiftungen, Anstalten; in KG WuW/E OLG 307 (308) ("AOK") wird die Allgemeine Ortskrankenkasse, eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, als Unternehmen im Sinne des § 26 Abs. 2 GWB angesehen, ohne daß zugleich Bedenken gegen ihre Beteiligungsfähigkeit an Kartellverfahrenssachen Erwähnung finden.
- 12) Es gelten die Grundsätze des Internationalen Privatrechts, insbesondere § 10 EGBGB, wonach auch die Rechtsfähigkeit allgemein nach der Rechtsordnung des Sitzes der juristischen Person bestimmt. v. Renthe-Fink, GenK § 76 Anm. 14; Enneccerus-Wipperdey, Allgemeiner Teil (15. Aufl.) § 120 III 1.
- 13) Vgl. § 124 Abs. 1 HGB
- 14) Vgl. §§ 161, 124 Abs. 1 HGB
- 15) KG WuW/E OLG 469 (472) ("Fensterglas") erklärt ausschließlich die Interessengemeinschaft Deutscher Fensterglashütten, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, für beteiligungsfähig, ohne ihr aber im konkreten Fall die Beteiligtenstellung einzuräumen. - Verfügung des Hess. Min. für Wirtschaft und Verkehr, WuW/E LKartB 7 ("Taxenzentrale") hinsichtlich der als BGB-Gesellschaft organisierten "Taxengemeinschaft B".
- 16) §§ 489 ff HGB

die Beteiligungsfähigkeit absprechen muß¹⁷⁾. Im übrigen erkennt auch die Praxis¹⁸⁾ die Beteiligungsfähigkeit all denjenigen zu, die Rechtssubjektivität besitzen, was sich an der Verfahrensbeteiligung von Sondervermögen und Anstalten des öffentlichen Rechts zeigt, die weder eine juristische Person noch eine Personenvereinigung darstellen, wie zum Beispiel Bundespost und Bundesbahn¹⁹⁾.

Auch Vereinigungen von Unternehmen können als solche am Kartellverfahren beteiligt sein, wobei es gleichgültig ist, ob daneben noch die einzelnen Unternehmen für sich beteiligt sind oder nicht. Durch § 76 GWB ist leiglich klargestellt, daß solche Vereinigungen von Unternehmen nicht rechtsfähig zu sein brauchen, um am Verfahren vor den Kartellbehörden beteiligt sein zu können. Damit ist keine Aussage darüber verbunden, ob im Einzelfall bei Kartellen oder Wirtschafts- und Berufsvereinigungen dieser Zusammenschluß selbst als Beteiligter anzusehen ist oder ausschließlich die Mitglieder der nicht-rechtsfähigen Unternehmensvereinigung²⁰⁾.

II. Die Handlungsfähigkeit

Die Handlungsfähigkeit²¹⁾ bedeutet im Kartellverfahren als einem Verwaltungsverfahren die Fähigkeit der Beteiligten, Verfahrenshandlungen vorzunehmen. Damit ist in erster Linie die Fähigkeit zur Abgabe und Entgegennahme verfahrensrelevanter Erklärungen gemeint.

17) v. Renthe-Fink, GemK § 76 Anm. 22.

18) v. Renthe-Fink aaO Anm. 26 unter Hinweis auf Beiladungen von Bundespost und Bundesbahn sowie deren Erwähnung in § 7 GebVO GWB.

19) Vgl. auch §§ 6 Abs. 2 Bundesbahng, 1 Abs. 1 PostVwG, VGH Stuttgart VwRspr 7 Nr. 83, Eyermann-Fröhler, § 64 Anm. 4.

20) Vgl. im einzelnen: v. Renthe-Fink, GemK § 76 Anm. 28 ff, speziell zur Rechtsform (zulässiger) Kartelle: Benisch, DB 1961 S. 1089 nWN.

21) Terminologie wie EVwVerfG 1963. - v. Renthe-Fink, aaO Anm. 33 behält den Begriff "Prozeßfähigkeit" für das Kartellverfahren bei.

Im Bereich des Verwaltungsverfahrensrechts wird die Handlungsfähigkeit typischerweise an die zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit angeknüpft²²⁾. Darüber hinaus erfährt der Kreis der Handlungsfähigen oftmals eine Erweiterung. Für neuere Verwaltungsverfahrensgesetze vorbildlich ist, wie schon hinsichtlich der Beteiligungsfähigkeit, die entsprechende Regelung der VwGO²³⁾²⁴⁾. Danach wird der Kreis der Handlungsfähigen ergänzt durch solche natürlichen Personen, denen als beschränkt Geschäftsfähigen für den Gegenstand des Verfahrens durch Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Rechtsfähigkeit oder durch Vorschriften des öffentlichen Rechts die Handlungsfähigkeit zuerkannt ist, sowie durch solche Vereinigungen einschließlich der juristischen Personen und nichtrechtsfähigen Vereinigungen, die sich durch ihre gesetzlichen Vertreter oder durch besonders Beauftragte vertreten lassen; Behörden sind durch ihre Leiter, deren Vertreter oder Beauftragte handlungsfähig.

Die Handlungsfähigkeit ist für das Kartellverfahren in Ermangelung einer speziellen Regelung im GWB nach den Grundsätzen, die heute im Recht des Verwaltungsverfahrens allgemein zum Ausdruck kommen, zu beurteilen. Da sich die Regelung in diesem Bereich sehr eng an der Prozeßfähigkeit der VwGO und damit mittelbar derjenigen der ZPO orientiert, muß die Handlungsfähigkeit im Kartellverfahren im praktischen Ergebnis²⁵⁾ an die §§ 62 VwGO, 53 - 57 ZPO angelehnt werden. Im einzelnen ergeben sich dann die bereits für das Verwaltungsverfahren allgemein dargelegten Grundsätze. Was die Vornahme von Verfahrenshandlungen

22) Melichar, VVDStL Heft 17 S. 202 f; Becker S. 166

23) Regelung der Prozeßfähigkeit in § 62 VwGO.

24) Vgl. weiter: § 11 EVwVerfG 1963 sowie Einzelbegründung dazu (S. 101 ff); Schunck-DeClerck, § 61 Anm. 3, § 62 Anm. 3a.

25) Insoweit übereinstimmend mit v. Rente-Fink, GemK § 76 Anm. 33, der nur von "allgemeinen Grundsätzen" spricht, die in §§ 62 VwGO, 51 ff ZPO ihren Ausdruck finden; ein Hinweis auf die Grundsätze allgemeiner verwaltungsverfahrensrechtlicher Handhabung findet sich nicht.

durch Vertreter nicht-rechtsfähiger Personenvereinigungen betrifft, sind diese Grundsätze im Zusammenhang mit § 36 GWB zu sehen. Insbesondere ist auf die in § 36 Abs. 2 GWB vorgesehene Möglichkeit amtsgerichtlicher Vertreterbestellung hinzuweisen.

III. Die Auswirkungen der Kartellverwaltungstätigkeit als Grundlage der Beteiligtenstellung

Die Frage schließlich, welchen beteiligungs- und handlungsfähigen Personen und staatlichen Stellen die Beteiligtenstellung, d.h. die Fähigkeit zuerkannt wird, am Verfahren vor den Kartellbehörden aktiv mitzuwirken, ist - als wichtigste der Teilnahmevoraussetzungen und damit für das Kartellverfahren von grundsätzlicher Bedeutung - in § 51 Abs. 2 und 3 GWB abschließend geregelt. In Übereinstimmung mit entsprechenden Regelungen anderer Verwaltungsverfahrensgesetze wird darin der Kreis der Teilnahmeberechtigten nach der Art und dem Grad der Beziehungen bestimmt, in dem der einzelne zu der im Verfahren verhandelten Angelegenheit steht²⁶⁾.

In Kartellverfahren verhandelte Angelegenheiten betreffen Entscheidungen der Kartellbehörden, die sich auf außerhalb der entscheidenden Kartellbehörde befindliche Personen und Stellen auswirken. Entsprechend können die Voraussetzungen der Beteiligtenstellung als diejenigen Beziehungen verstanden werden, die sich für einzelne als - potentielle oder aktuelle²⁷⁾ - Auswirkungen kartellbehördlicher Entscheidungen ergeben.

Fast ausschließlich²⁸⁾ haben kartellbehördliche Entscheidungen die Verwirklichung der materiellen Vorschriften des GWB zum Gegenstand, nämlich die

-
- 26) Becker S. 166 spricht in diesem Zusammenhang allgemein von einer näheren Beziehung zu einer bestimmten Rechtsangelegenheit.
27) je nachdem die Entscheidung noch aussteht oder bereits ergangen ist.
28) Nur vereinzelt betrifft eine Entscheidung der Kartellbehörde die verfahrensrechtliche Stellung, wie z.B. die Beiladungsverfügung; vgl. dazu unten

Schaffung und Sicherung einer am freien Wettbewerb orientierten Marktordnung²⁹⁾. Zur Verwirklichung dieses Zieles sind die Behörden zu privatrechtsgestaltenden Eingriffen in Rechtsbeziehungen zwischen den Teilnehmern am Wirtschaftsleben ermächtigt. Das GWB unterwirft das Privatrecht, soweit es seine Mittel zu Beschränkungen des wirtschaftlichen Wettbewerbs zur Verfügung stellt³⁰⁾, der kartellbehördlichen Verwaltungskontrolle.

1. Auswirkungen auf die Veranlasser von Wettbewerbsbeschränkungen

Der wirtschaftliche Wettbewerb ist das Streben von Unternehmen nach einem fest umrissenen Ziel, welches auf verschiedene Weise definiert werden kann³¹⁾, sich letztlich aber als - zumindest langfristige - Gewinnmaximierung darstellt. Ihrem Ziel nähern sich die Unternehmen durch Abschluß von Einzelrechtsgeschäften mit Kunden und Lieferanten, wobei das einzelne Unternehmen, soweit es dabei in seinem Geschäftserfolg von dem Verhalten anderer Unternehmen fühlbar abhängig ist, sein marktstrategisches Verhalten nach dem Verhalten dieser anderen ausrichten muß. Sein Erfolg beim Absatz oder Erwerb von Gütern hängt davon ab, welche Preise, Geschäftsbedingungen und Nebenleistungen es anbietet und wie sich dazu die Preise, Geschäftsbedingungen und Nebenleistungen seiner Konkurrenten verhalten. Die Faktoren, deren Einsatz das Unternehmen selbst bestimmen und variieren kann, werden Aktionsparameter genannt. Sie bilden in der Hand des Unternehmers - mit den Worten Sandrocks³²⁾ - das für

29) Vgl. z.B. Begründung zum Regierungsentwurf des GWB unter A (abgedruckt in GemK 1. Aufl. S.1057ff)

30) Westmacker, DE 1968 S. 787

31) Sandrock, Grundbegriffe, S. 79 f nennt Gewinn-, Nutzen-, Absatzmaximierung, Halten eines bestimmten Marktanteils in Verbindung mit Erzielen eines "zufriedenstellenden", "normalen" oder sonstige bestimmten Mindestgewinns.

32) aaO S. 97 f, 208

seinen Geschäftserfolg entscheidende Waffenarsenal. Ihre Variation ist der Einsatz dieser Waffen im Wettbewerbskampf.

Folglich kommt eine Wettbewerbsbeschränkung darin zum Ausdruck, daß hinsichtlich mindestens einer dieser Waffen Waffenruhe eintritt³³⁾. Diese kann sich darin äußern, daß ein oder mehrere Aktionsparameter auf einem fixen Punkt festgelegt werden, z.B. Festsetzung eines bestimmten Preises. Der Wettbewerb kann auch beschränkt werden, wenn ein einzelner Aktionsparameter als Instrument des Wettbewerbs überhaupt ausscheidet, etwa durch Verzicht eines Wettbewerbers auf Reklame. Und schließlich kann ein Unternehmen, indem es beispielsweise die Produktion eines Gutes ganz aufgibt, alle Aktionsparameter aus der Hand geben.

Damit ist aber noch nicht gesagt, mit welchen Mitteln die Aktionsparameter von Wettbewerbern festgelegt werden und auf welche Weise die Kartellbehörden auf die Beschränkungen des Wettbewerbs Einfluß nehmen. Nach der gesetzgeberischen Konzeption sind einzelne Methoden³⁴⁾ der Wettbewerbsbeschränkung verboten oder für verbotbar erklärt worden, die das GGB teilweise nach ihren privatrechtlichen Organisationsformen differenziert. Es unterscheidet zwischen Wettbewerbsbeschränkungen durch kollektive Verträge (Kartelle) und Wettbewerbsbeschränkungen durch Einzelverträge. Durch Kartellvereinbarungen schränken die Wettbewerber untereinander ihre Freiheit zum Einsatz der

33) Sandrock aaO S. 97 f, 208

34) Nach Lukes, Festschrift für F. Böhm, S. 219, geht es nicht um die völlige wirtschaftliche Handlungsfreiheit aller Marktteilnehmer, sondern lediglich um die wirtschaftliche Handlungsfreiheit unbeschränkt von ganz bestimmten Beschränkungsvorgängen, die durch Mißbrauch der Privatautonomie erfolgen.

Das GGB enthält auch kein allgemeines Verbot der Monopolisierung. Wenn nicht nur die Handlungsfreiheit eingeschränkt wird, sondern der Konzentrationsprozeß die Träger der Handlungsfreiheit selbst ergreift, unterliegt ein solcher Zusammenschluß von Unternehmen lediglich der Anzeigepflicht der §§ 23, 24 JWB.

Aktionsparameter und damit ihre Handlungsfreiheit ein. Das Charakteristische dieser horizontalen Wettbewerbsbeschränkung besteht darin, daß alle Vertragsbeteiligten Konkurrenten sind, also der gleichen Wirtschaftsstufe angehören.

Einzelvertraglich beschränken Unternehmen dagegen die Handlungsfreiheit ihrer Lieferanten und Abnehmer. Die an einer solchen vertikalen Wettbewerbsbeschränkung beteiligten Unternehmen gehören in der Regel nicht der gleichen Wirtschaftsstufe an. Noch ein weiterer Unterschied besteht gegenüber der horizontalen Wettbewerbsbeschränkung: Während Wettbewerber als Partner von Horizontalverträgen regelmäßig gemeinsam einen Teil ihrer Handlungsfreiheit aufgeben, kann die Freiheit zur Variation von Aktionsparametern bei Vertikalverträgen sowohl einseitig beschränkt sein, wie das meistens der Fall ist³⁵⁾, als auch zweiseitig³⁶⁾.

Anknüpfungspunkt einer dritten Gruppe wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen ist die Marktmacht von Unternehmen, nicht die rechtliche Organisationsform der Wettbewerbsbeschränkung. Die Befugnis zu Verwaltungsmaßnahmen gegen marktbeherrschende Unternehmen setzt den Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung voraus³⁷⁾.

Je nachdem, ob und in welchem Maße das GWB die praktizierten Formen mißbilligt, wird auf die zivilrechtliche Wirksamkeit von Vereinbarungen und Maßnahmen Einfluß genommen. Unter diesem Gesichtspunkt lassen sich zwei Gruppierungen unterscheiden: Wettbewerbsbeschränkende Verträge, die nach Maßgabe der §§ 1, 15, 20 GWB ex lege, also ohne Tätigwerden der Kartellbehörde, unwirksam sind, können durch positive

35) z.B. bei Preisbindungen, Vertriebsbindungen, einfachen Ausschließlichkeitsbindungen

36) z.B. bei gegenseitigen Ausschließlichkeitsbindungen

37) Der Aufsicht im Verwaltungsverfahren unterliegt nur der Mißbrauch von Marktmacht, während die Anwendung von Zwang und Boykott in Bußgeldverfahren und Zivilprozessen verhandelt wird (§§ 25, 26, 38 Abs. 1 Nr. 6, 35 GWB).

Erlaubnis der Behörde (§§ 4, 5, 6 - 8) oder nach ihrer Anmeldung bei der Behörde - entweder automatisch (§ 16) oder durch den Nichtwiderspruch der Behörde aufschiebend bedingt bis zum Ablauf einer Frist (§§ 2, 3, 5 a) - wirksam werden. Demgegenüber stehen vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen, die das GWB für vernichtbar, nicht aber für nichtig erklärt (§§ 18, 22), und mißbräuchliche Verhaltensweisen, die nicht verboten sind, aber von den Kartellbehörden durch Verfügungen untersagt werden können (§§ 12, 17, 22).

Damit sind bereits erste Ansatzpunkte für die Bestimmung der Beteiligtenstellung in ihrer Abhängigkeit von den Auswirkungen der Verwaltungstätigkeit gewonnen: Der an Kartellverfahren zu beteiligende Personenkreis muß im Zusammenhang mit der in Frage stehenden wettbewerbsbeschränkenden Organisationsform und der im GWB vorgeschriebenen privatrechtlichen Sanktion gesehen werden. Nur hinsichtlich der Verwaltungsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen wird von vornherein auf das tatsächliche Kriterium der Marktmacht abgestellt.

2. Auswirkungen auf Dritte (Außenwirkungen)

Um individuelle Auswirkungen der Kartellverwaltungstätigkeit zu verdeutlichen, bedarf es nach dem Vorhergesagten einer Differenzierung zwischen Kartellen, wettbewerbsbeschränkenden Einzelverträgen und marktbeherrschenden Unternehmen. Was Kartelle und Einzelverträge angeht, kann sich das Verwaltungshandeln nicht in einer unmittelbaren Einflußnahme auf den hindernden Einsatz privater Rechte beschränken. Der Zweck des Verwaltungshandelns besteht nicht oder nicht lediglich darin, Unternehmen vor möglichen Nachteilen zu schützen, die sie sich durch Eingehen wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen selbst zu-

zuschreiben haben. Die Schaffung der Verwaltungsbefugnisse unter den in den materiellen Vorschriften des GWB genannten Voraussetzungen beruht vielmehr auf der Erkenntnis, daß die vertraglichen Beschränkungen des Wettbewerbs zwar nicht notwendig, aber doch unter bestimmten Bedingungen auch die Markstellung der Gegenseite und sonstiger Dritter beeinflussen.

Das K a r t e l l entfaltet Außenwirkungen, indem die Kartellvertragspartner über die Produktion und den Absatz von Waren und gewerblichen Leistungen eine oder mehrere Vereinbarungen treffen und sich dieser Vereinbarungen gemäß verhalten. Zur Regelung des Absatzes sprechen sie sich ab über die Einhaltung von Preisen, Preisbestandteilen (Rabatten) und Konditionen. Sie teilen den Absatzmarkt auf (Gebietskartelle, Kundenschutzkartelle), einigen sich, wer das günstigste Angebot abgeben und einen bestimmten Auftrag erhalten soll (Submissionskartelle) und begrenzen den Umfang ihres Absatzes (Absatzkontingentierungskartelle). Andere Kartellabsprachen betreffen Art und Umfang der Güterproduktion, Spezialisierungs- und sonstige Rationalisierungsvereinbarungen regeln die Art der Produktion, während Produktionsquotenkartelle die Gütererzeugung mengen- oder wertmäßig festsetzen.

Um die Außenwirkungen dieser Vereinbarungen näher zu kennzeichnen, soll mit Lukes³⁸⁾ zwischen regel-aufstellenden und einteilenden Kartellen unterschieden werden. Die erste Gruppe³⁹⁾ betrifft Absprachen, die - als Preise, Konditionen und Warenbeschaffensvereinbarungen - zum Gegenstand von Einzelrechtsgeschäften mit Dritten werden, die an den Festlegun-

38) Der Kartellvertrag S. 151 ff

39) Hierher gehören Preiskartelle einschließlich der Rabatt- und Kalkulationsvereinbarungen, Konditionenkartelle, auch die Spezialisierungs-, Normierungs- und Rationalisierungskartelle, soweit sie sich auf bestimmte Typen oder Größen der jeweiligen Güter beziehen, nicht dagegen, wenn sie sich lediglich auf den Fertigungsprozeß erstrecken und die Endprodukte als solche nicht nach Größe und Art regeln. Vgl. Lukes aaO S. 151.

gen unbeteiligt waren. Die vereinbarten Rechtsgeschäftsteile befassen sich mit Leistung, Gegenleistung und Modalitäten des Leistungsaustausches.

Anders verhält es sich mit den Kartellen, bei denen die Vertragsbeteiligten untereinander bestimmte Einteilungen treffen, indem sie etwa Absatzgebiete aufteilen oder Produktionsmengen festlegen: Solche Vereinbarungen erlangen zwar auch Bedeutung für Einzelrechtsgeschäfte mit Dritten, aber sie entsprechen nicht bestimmten Teilen dieser Einzelrechtsgeschäfte. Sie schaffen vielmehr "Grundlagen", die den Vertragsbeteiligten "eine verstärkte Ausgestaltungsmöglichkeit für ihre Einzelrechtsgeschäfte mit unbeteiligten Dritten geben"⁴⁰⁾. Vereinbaren beispielsweise mehrere Anbieter von Waren eine räumliche Gebietsaufteilung für ihren Absatz, wird für die Abnehmer die Auswahlmöglichkeit zwischen mehreren Anbietern eingeschränkt oder gar ausgeschlossen. Die Verringerung der Anbietersahl verstärkt faktisch die Position des Anbieters der um so freier in der Ausgestaltung der Lieferverträge ist, je stärker die Abnehmer auf ihn angewiesen sind.

Gemeinsam ist den beiden Gruppen die verstärkte Einflußmöglichkeit der Kartellbeteiligten auf den Inhalt von Einzelrechtsgeschäften mit Dritten und die entsprechende Minderung des Einflusses der Einzelrechtsgeschäftspartner⁴¹⁾.

Wenn nun die Kartellbehörden Kartelle erlauben, sie für unwirksam erklären oder ihrem Wirksamwerden widersprechen, ergreifen sie damit nicht nur den Kartellvertrag als Instrument der Wettbewerbsbeschränkung, sondern sie treffen auch deren Außenwirkungen, nämlich das Verhältnis der Kartellbeteiligten zu deren Einzelrechtsgeschäftspartnern. Je nachdem, ob ein Kartell erlaubt oder für unwirksam

40) Lukes aaO S. 154

41) Lukes aaO S. 156 f

erklärt wird, werden die Einflußmöglichkeiten der Dritten auf die Ausgestaltung von Einzelrechtsgeschäften mit den Kartellbeteiligten vermindert oder vermehrt.

Entsprechend kann nun auch die "Außenwirkung" einer auf Kartelle bezogenen Verwaltungsentscheidung beschrieben werden als Minderung oder Stärkung des Einflusses Dritter auf die Ausgestaltung von Einzelrechtsgeschäften mit den Kartellbeteiligten⁴²⁾.

Das bedeutet, daß die Außenwirkungen einer Verwaltungsentscheidung zunächst einmal nicht auf den Markt oder den Wettbewerb erfolgen, sondern auf das konkrete, einzelne Rechtsgeschäft und damit auf den einzelnen Rechtsgeschäftspartner. Der Markt "als gedachte Geschäftsgesamtheit"⁴³⁾ wird nur mittelbar, nur über die einzelnen Geschäfte, berührt. Die Verwaltungstätigkeit intendiert die Sicherung und Erhaltung des Wettbewerbs als Wettstreit der konkurrierenden Unternehmer beim Abschluß von Einzelrechtsgeschäften mit Dritten.

Auf der anderen Seite darf nicht übersehen werden, daß mit den einzelrechtsgeschäftlichen Beziehungen der Kartellbeteiligten zu Dritten allein die Außenwirkungen kartellbehördlicher Entscheidungen nicht zu erfassen sind. Die Einzelrechtsgeschäfte selbst werden von der Unwirksamklärung oder Erlaubnis eines Kartells in ihrem Bestand und ihrer Wirksamkeit nicht betroffen. Das ist nicht einmal bei den regelaufstellenden Kartellen der Fall. Wenn etwa ein Kartellmitglied mit Käufern Verträge zu den im Kartell vereinbarten Preisen und Geschäftsbedingungen abschließt, bleiben diese sogenannten Folgeverträge von der privatrechtsgestaltenden Einflußnahme der §§ 1 - 8 GWB unberührt⁴⁴⁾. Nur mittelbar, nämlich

42) Damit sollen die Außenwirkungen nicht abschließend definiert sein. Auch die Beziehung zu den Wettbewerbern der Kartellunternehmen kann durch eine Außenwirkung berührt sein, wie zu zeigen sein wird.

43) So formuliert Lukes aaO S. 163; ähnlich Westmacker DE 1968 S. 791.

44) OLG Celle, WuW/E OLG 559 ("Brückenbauwerk") mit Literaturnachweisen

durch Zulassung oder Verhinderung von Marktmacht, wirkt sich die Kartellverwaltungsentscheidung auf die einzelrechtsgeschäftlichen Beziehungen zu Dritten aus. Regelaufstellende wie einteilende Kartelle führen nur dann zum Erfolg, wenn die Einzelrechtsgeschäftspartner nicht auf andere Güter ausweichen oder mit einem am Kartell nicht beteiligten Außenseiter das Geschäft abschließen können, ohne sich zu verschlechtern⁴⁵⁾. Mit der Kartellvereinbarung bewirken die Vertragsbeteiligten deshalb eine Verringerung der für Dritte in Frage kommenden Geschäftspartner und/oder eine Verringerung der angebotenen Waren. Die regelaufstellenden Kartelle im besonderen verringern die Anzahl solcher Anbieter, die nicht mit den im Kartell vereinbarten Inhalten oder Inhaltsteilen Geschäfte abschließen.

Wenn die Kartellbehörde ein Kartell für unwirksam erklärt oder seinem Wirksamwerden widerspricht, tritt sie unmittelbar zunächst nur der Marktmacht von Unternehmen entgegen, indem sie die Anzahl der für Dritte in Betracht kommenden Anbieter um die Kartellbeteiligten vermehrt oder die von den Kartellbeteiligten herbeigeführte Einschränkung des Warenangebots beseitigt. Ob das für die einzelrechtsgeschäftlichen Beziehungen zu Dritten von Bedeutung ist, kann nicht ohne die Kenntnis der jeweiligen Marktsituation vorhergesagt werden. Es kommt darauf an, in welchem Maße die Dritten vor der Unwirksamklärung ohne Verschlechterung ihrer Rechtsposition auf Außenseiter ausweichen konnten.

Umgekehrt bewirkt die Erlaubnis oder die gesetzliche Legalisierung eines nach § 1 unwirksamen Kartells eine Verringerung der in Frage kommenden Anbieter oder des Warenangebots. Für diejenigen, die bereits in geschäftlichen Beziehungen mit Kartellbeteiligten standen, ergibt sich möglicherweise die Not-

45) Lukes aaO S. 157

wendigkeit des Ausweichens auf Alternativangebote von Außenseitern. Nur dieser Zwang zum Ausweichen ist die unmittelbare Folge der Kartellerlaubnis oder -legalisierung. Ob damit auch eine tatsächliche Verschlechterung der einzelgeschäftlichen Rechtsposition verbunden ist, hängt von den Bedingungen des Marktes ab.

Die Ausübung einer gewissen Marktmacht bedingt auch die Fähigkeit eines Kartells, den Absatz der Außenseiter fühlbar zu beeinflussen. Beispielsweise⁴⁶⁾ könnten sich bei horizontaler Verabredung einer Preiserhöhung die Konkurrenten ebenfalls veranlaßt sehen, die Preise heraufzusetzen, etwa um das, was der Markt bietet, "mitzunehmen". Wenn die Kartellbeteiligten durch zusätzliche Gewinne größere Investitionen finanzieren wollen, müssen sich ihre Konkurrenten möglicherweise ebenfalls durch erhöhte Gewinnerzielung Investitionsmöglichkeiten schaffen, um ihren Marktanteil zu halten. Senken die Kartellmitglieder die Preise, so sehen sich deren Konkurrenten in der Regel gezwungen, der Preissenkung zu folgen, um keine Kunden zu verlieren. Oft erweist sich die Außenseiterstellung neben dem Kartell daher als günstig, dann nämlich, wenn sie im Schatten des Kartells ihre Ertragslage verbessern können. Das Interesse des Außenseiters kann aber auch dahingehen, mit günstigeren Angeboten seinen Marktanteil gegenüber den Kartellbeteiligten zu vergrößern. Sind die Kartellunternehmen kapitalmäßig stärker und marktmächtiger als er, wird er mit besseren Angeboten als die Kartellmitglieder zurückhalten müssen, weil er für diesen Fall einen Schädigungs- und Verdrängungskampf zu befürchten hat, bei dem er unterliegen würde. Ähnlich ist die Situation von Wettbewerbern marktbeherrschender Unternehmen zu beurteilen.

Die Außenwirkungen der Kartellverwaltungstätigkeit können deswegen nicht isoliert in ihrer Einwirkung

46) Sandrock S. 213; E. Koch, Schadensersatz S. 20 f; Mailänder, Privatrechtliche Folgen S. 167

auf die Einzelrechtsgeschäfte gesehen werden. Diese stehen vielmehr, wie hier nur angedeutet werden kann, in einem komplexen Kooperationsprozeß, der in seiner Eigengesetzlichkeit mit Hilfe nationalökonomischer Wertung erfaßt werden muß⁴⁷⁾.

Wenden wir uns nun den Verwaltungsentscheidungen zu, die wettbewerbsbeschränkende Einzelverträge betreffen. Gegenüber den Kartellen ist zunächst folgender Umstand augenfällig: Durch den Vertrag wird nicht die Handlungsfreiheit aller Vertragsbeteiligten eingeschränkt, vielmehr wird ein Vertragspartner gegenüber einem anderen eingeschränkt, der seinerseits frei bleibt. Veranlasser der Wettbewerbsbeschränkung und Beschränkte sind nicht identisch. Erklärt die Kartellbehörde einen Vertikalvertrag für unwirksam, trifft sie das bindende Unternehmen als Veranlasser und beseitigt beim gebundenen Unternehmen die Beschränkung⁴⁸⁾.

Hat aber eine gegen Vertikalverträge gerichtete Verwaltungsentscheidung auch Außenwirkungen? Diese Frage soll hier nicht für jede der vielfältigen Erscheinungsformen vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen⁴⁹⁾, sondern nur an zwei Beispielen dargelegt werden. Am häufigsten kommen Preisbindungsverträge vor: Ein Unternehmen der Herstellerstufe bindet seine sämtlichen Großhändler an einheitliche Wiederverkaufspreise und vereinbart in diesen Verträgen einen zweiten Wiederverkaufspreis, den die Großhändler ihrerseits den von ihnen belieferten Einzelhändlern vertraglich auferlegen sollen. Die Aufhebung eines solchen Vertragssystems hat zuerst einmal Folgen für die Handlungsfreiheit der gebundenen Großhändler. Durch

47) Westmäcker, DB 1968 S. 791

48) Auch bei zweiseitiger Bindung sind die Vertragsbeteiligten nicht Veranlasser einer eigenen Beschränkung, sondern jedes Unternehmen ist Veranlasser der Beschränkung des anderen.

49) Gebräuchliche Formen sind z.B. Preisbindungen, Ausschließlichkeitsbindungen, Absatz- und Vertriebsbindungen, Koppelungsverträge, Verwendungsbeschränkungen und Beschränkungen, die mit der Veräußerung oder Lizenzierung von nicht geschützten Erfindungsleistungen verbunden sind.

die Preisbindung war der Angebotswettbewerb der Großhändler in bezug auf den Aktionsparameter "Preis" unterbunden. Die Unwirksamklärung beseitigt die rechtliche Bindung unmittelbar. Als Außenwirkung kann aber erst die Einflußnahme auf Angehörige der Einzelhandelsstufe angesehen werden. Ähnlich wie bei den regel-aufstellenden Kartellen sind im Preisbindungsvertrag bereits Bestandteile von Einzelverträgen festgelegt, die - als verbindliche Endverkaufspreise - zum Gegenstand von Rechtsgeschäften mit Dritten (Einzelhändlern) gemacht werden sollen, die an den Festlegungen unbeteiligt waren. Der Preisbindungsvertrag beschränkt die Freiheit der Einzelhändler in der Gestaltung ihrer Preise nicht - unmittelbar - rechtlich, sondern lediglich - mittelbar - unter den besonderen Bedingungen des Marktes, dann nämlich, wenn die Einzelhändler nicht auf gleichartige Waren anderer Hersteller ohne Schwierigkeiten ausweichen können⁵⁰⁾.

Durch Ausschließlichkeitsverträge, unserem zweiten Beispiel, werden nicht, wie bei der Preisbindung, Teile von Einzelrechtsgeschäften mit Dritten festgelegt, sondern das gebundene Unternehmen verpflichtet sich zum Bezug oder Absatz von Waren bei ausschließlich einem einzigen Partner. Hat sich etwa ein Großhändler verpflichtet, seinen gesamten Bedarf an Waren einer bestimmten Art von einem einzigen Hersteller zu beziehen, so können von einer solchen einseitigen Ausschließlichkeitsverpflichtung folgende Wirkungen ausgehen:

Erstens kann der gebundene Großhändler über Gebühr in seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit eingeschränkt sein. Diese Folge ist jedoch keine Außenwirkung, denn sie beruht unmittelbar auf der vertraglichen Verpflichtung, die durch die behördliche Unwirksamklärung beseitigt werden kann.

50) Auch soweit Wettbewerber des Herstellers in ihrer Marktstellung durch die Preisbindung beeinflusst werden, beruht das auf den Bedingungen des Marktes, was hier nicht weiter vertieft zu werden braucht, vgl. oben S. 51.

Zweitens können die Konkurrenten des bindenden Unternehmers von der Belieferung des gebundenen Unternehmens ausgesperrt sein. Zwar ist durch den Ausschließlichkeitsvertrag nur dem gebundenen Großhändler der Bezug von Waren eines anderen Herstellers rechtlich untersagt; faktisch ist damit aber auch der Angebotswettbewerb unter den Herstellern hinsichtlich dieses einen Großhändlers unterbunden, da es letzterem nicht gestattet ist, sich von anderen Herstellern beliefern zu lassen.

Es ist drittens möglich, daß die Abnehmer des gebundenen Unternehmens in der Wahl der ihnen offenstehenden geschäftlichen Alternativen beeinträchtigt sind. Die Ausschließlichkeitsbindung verhindert, daß der gebundene Großhändler auch die Konkurrenzsergebnisse anderer Hersteller bereit hält.

Bei den zuletzt genannten handelt es sich um Außenwirkungen, deren wettbewerbsrechtliche Relevanz in entscheidendem Maße von den Marktbedingungen auf der Hersteller- und Großhändlerstufe, insbesondere der Marktstruktur⁵¹⁾, abhängt. Sind etwa bindendes und gebundenes Unternehmen Oligopolisten, vermag die Ausschließlichkeitsbindung kleine Konkurrenten auszuschalten und Neugründungen den Zutritt auf den Markt zu verwehren.

Was die Außenwirkungen wettbewerbsbeschränkender Verträge angeht, kommen wir somit für die Vertikalverträge zum gleichen Ergebnis wie bei den Kartellen: Den Teilnehmern an der vertraglichen Wettbewerbsbeschränkung sind diejenigen Dritten gegenüberzustellen, die von der Verwaltungsentscheidung berührt werden, weil die vertragliche Wettbewerbsbeschränkung ihre Marktstellung beeinflußt. Auch wenn die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung Teile von Einzelrechtsgeschäften vorweg festlegt, werden Dritte von

51) Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, S. 33; Sandroch S. 417 ff

einer gegen die Wettbewerbsbeschränkung gerichteten Verwaltungsentscheidung nicht in ihrer einzelrechtsgeschäftlichen Rechtsposition - gewissermaßen automatisch - betroffen, sondern nur unter besonderen tatsächlichen Voraussetzungen auf dem jeweiligen Markt⁵²⁾.

Grundlegend anders gestaltet sich demgegenüber die kartellbehördliche Mißbrauchsaufsicht gegenüber erlaubten und legalisierten Kartellen und marktbeherrschenden Unternehmen. Während eine Kartellerlaubnis und eine Unwirksamklärung von Kartellen und Vertikalverträgen die durch Einschränkung der Handlungsfreiheit vertraglich geschaffene Marktmacht selbst trifft, läßt die Mißbrauchsaufsicht die mächtige Stellung der erlaubten und legalisierten Kartelle und marktbeherrschenden Unternehmen unberührt. Es werden nur einzelne Maßnahmen korrigiert, die, als Mißbrauch der Marktmacht, Dritte in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit über Gebühr einschränken.

Zum Abstellen von Einzelmißbräuchen sind die Kartellbehörden befugt, Verträge für unwirksam zu erklären und Maßnahmen zu untersagen. Beispielsweise kann sich ein Mißbrauch, der die Preisgestaltung betrifft, in einem einzelnen Vertragsverhältnis eines marktbeherrschenden Unternehmens mit einem Kunden manifestieren. Die Kartellbehörde kann einen solchen Vertrag für unwirksam erklären. In einem anderen Fall mag sich der Mißbrauch allgemein als unzulässiges Preisgebaren darstellen - ein Verhalten, zu dessen Untersagung die Behörde befugt ist.

52) Im materiellen Wettbewerbsrecht findet diese Erkenntnis u.a. in der von Borchardt und Fikentscher: (Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung; Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz 1958 S. 31 ff) entwickelten Unterscheidung zwischen formaler und materieller Wettbewerbsbeschränkung ihren Niederschlag. Der Unterscheidung in diesem Sinne haben sich z.B. angeschlossen: Müller-Henneberg, *GenG* § 1 GWB Anm. 54; Baumbach-Hefermehl, *Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht* § 1 GWB Anm. 27; Dörinkel, *WuW* 1958 S. 179. Lukes, *Der Kartellvertrag*, hat mit den Außenwirkungen des Kartells den Begriff des Kartellvertrages neu definiert.

Unzweifelhaft trifft die Mißbrauchsverfügung die Kartellunternehmen und marktbeherrschenden Unternehmen als die Veranlasser von Wettbewerbsbeschränkungen. Offen bleibt, wessen Handlungsfreiheit vom Mißbrauch und seiner Beseitigung berührt ist. Die Mißbrauchsverfügung beseitigt Verträge und Verhaltensweisen, die in einzelrechtsgeschäftlichen Beziehungen zu Kunden und Lieferanten ihren Niederschlag finden. Dennoch hat sie nicht notwendigerweise eine Beeinflussung ihrer Marktstellung zur Folge. Die Angehörigen der Marktgegenseite, die mit den veranlassenden Unternehmen Geschäfte abschließen, werden zwar oft in ihrer Handlungsfreiheit eingeschränkt sein, sie müssen es aber nicht in jedem Falle. Durch mißbräuchliches Verhalten kann daneben oder statt dessen auch der freie Zugang zum Markt, die Handlungsfreiheit von Angehörigen solcher Marktstufen, die der Marktgegenseite vor- oder nachgelagert sind, und die Wettbewerbsfreiheit von Konkurrenten auf dem beherrschten Markt und auf dritten Märkten beschränkt sein⁵³⁾.

Eine isolierte Betrachtung der Einzelrechtsgeschäfte der marktbeherrschenden Unternehmen oder der Kartellunternehmen mit ihren Lieferanten und Kunden ist demnach zur Bestimmung von Außenwirkungen im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht in der Regel wertlos. Die Auswirkungen eines Mißbrauchs ergeben sich erst, wenn die rechtsgeschäftlichen Beziehungen im Zusammenhang mit den tatsächlichen Gegebenheiten des Marktes und der Marktstellung der einzelnen Unternehmen gesehen werden. Die einzelnen Kaufs- und Verkaufsbeziehungen sind in ihrer Funktion wesensverschieden gegenüber

53) Es kann insoweit auf die Ausführungen zu den Außenwirkungen bzw. zur materiellen Wettbewerbsbeschränkung bei Kartellen verwiesen werden. Das gilt auch für marktbeherrschende Unternehmen. Die Marktbeherrschung ist nach Sandrock, Grundbegriffe S. 219, nichts anderes als ein ins Extrem gesteigerter Spezialfall der materiellen Wettbewerbsbeschränkung. Nach Borchardt-Fikentscher aaO S. 28 f unterscheiden sich beide Arten der Beschränkung lediglich in der Intensität der mit ihnen verbundenen Marktbeeinflussung, wobei der Marktbeherrschung die größere Intensität zugesprochen wird.

den wettbewerbsbeschränkenden Horizontal- und Vertikalverträgen. Jene legen per definitionem Aktionsparameter eines oder mehrerer Vertragspartner fest, diese nicht. Eine Parallele ist vielmehr zu den Außenwirkungen von Kartellen zu ziehen. Denn nicht anders als bei regelaufstellenden und einteilenden Kollektivvereinbarungen entscheiden die tatsächlichen Marktverhältnisse darüber, in wessen Person die einzelgeschäftliche Aktivität marktmächtiger Unternehmen zur Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit führt.

Zur Kennzeichnung von Außenwirkungen der Verwaltungstätigkeit kann demnach zusammengefaßt werden:

Die Verwaltungsentscheidungen der Kartellbehörden wirken über den Kreis derjenigen hinaus, die ihre eigene Handlungsfreiheit oder diejenige anderer beschränken. Eine Umsetzung einer kartellbehördlichen Verfügung erfolgt über die einzelrechtsgeschäftlichen Beziehungen der Urheber von Wettbewerbsbeschränkungen. Individuelle Auswirkungen einer Kartellverwaltungsentscheidung können nur in Kenntnis des relevanten Marktes und der Anzahl und Größe der Wettbewerber auf dem relevanten Markt bestimmt werden. Je größer die Wettbewerber sind und je geringer ihre Anzahl ist, desto eher und fühlbarer sind Dritte von der Verwaltungstätigkeit berührt. Eine Kennzeichnung derjenigen, die als Dritte von einer Verwaltungsentscheidung berührt werden, ist nicht ohne Beachtung ihrer Marktfunktion vorzunehmen. Als Konkurrenten (Wettbewerber) und Angehörige vorgelagerter (Anbieter) und nachgelagerter (Abnehmer) Marktstufen stehen sie meistens in einem nahen Verhältnis zur Wettbewerbsbeschränkung und damit zur Verwaltungsentscheidung, die Wettbewerbsbeschränkungen betrifft. Über den Markt können auch Teilnehmer an dritten Märkten und diejenigen, die ihrerseits mit den Konkurrenten, Anbietern und Abnehmern in Wettbewerbe-, Kaufs- und Verkaufsbeziehungen stehen, beeinflußt werden. Im Einzelfall hängt

dieser Einfluß meistens davon ab, inwieweit und auf welche Weise die Wettbewerber, Lieferanten oder Kunden die Nachteile einer Wettbewerbsbeschränkung auf ihre weiteren Einzelrechtsgeschäftspartner abwälzen können. Am Ende dieser Reihe steht der einzelne Staatsbürger, der als Verbraucher und ganz allgemein als Exponent des Gemeinwohls an der Hebung des Lebensstandards durch die Förderung der Leistungsfähigkeit der Wirtschaft interessiert ist.

3. Günstige und ungünstige Auswirkungen

Es wird also eine ganze Skala von Auswirkungen kartellbehördlicher Verwaltungstätigkeit sichtbar, die für den einzelnen von Vorteil oder von Nachteil sein können. Bezüglich derer, die für die Beteiligtenstellung in Betracht kommen, kann zwischen Befürwortern und Gegnern des im Kartellverfahren verhandelten wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens unterschieden werden.

Ob sich eine Verwaltungsentscheidung der Kartellbehörde individuell günstig oder ungünstig auswirkt, bestimmt sich gleichfalls nach der jeweiligen Marktsituation und der Stellung des einzelnen im Wettbewerb. Diejenigen, die sich in ihrer Wettbewerbsfreiheit, etwa durch ein Kartell, selbst beschränkt haben, dürften eine Verwaltungsentscheidung, die die Wiederherstellung ihrer Handlungsfreiheit zum Gegenstand hat, häufig nicht als Begünstigung, sondern als Belastung empfinden. Denn mit dem Kartell verfolgen sie ein für sie vorteilhaftes wirtschaftliches Ziel, dessen Erreichung eine behördliche Unwirksamkeitserklärung möglicherweise verhindert. Das gilt nicht, wenn sie der Vereinbarung aus anderen Gründen beizutreten genötigt sind. Besonders die Partner wettbewerbsbeschränkender Vertikalverträge streben nicht immer gleichermaßen die Durchführung der Wettbewerbsbeschränkung an. Häufig werden sie unter Ausnutzung einer

wirtschaftlichen Machtstellung des Bindenden gegenüber dem Gebundenen geschlossen. Wer allerdings durch die Beschränkung des Wettbewerbs in seiner Marktstellung im Sinne einer Außenwirkung beeinflusst wird, dürfte öfter zu den Gegnern der Wettbewerbsbeschränkung gehören als zu ihren Befürwortern. Das gilt z.B. für die Außenseiter von Kartellen ebenso wie für die dem Kartell vor- und nachgelagerten Marktstufen, vor allem aber auch für diejenigen, die, ganz gleich auf welcher Marktstufe, marktbeherrschenden Unternehmen gegenüberstehen.

Im einzelnen wird an einer Erörterung der verschiedenen Merkmale des § 51 GWB zu zeigen sein, welche Bezugspunkte zu der im Verfahren verhandelten Wettbewerbsbeschränkung für die Begründung der Beteiligtenstellung maßgeblich sind und in welchem verfahrensrechtlichen Verhältnis Gegner und Befürworter von Wettbewerbsbeschränkungen am Kartellverfahren beteiligt werden.

§ 4. Anknüpfung und System der Beteiligtenstellung im Kartellverfahren

I. Übersicht über die Anknüpfungspunkte

Die Voraussetzungen für die Beteiligtenstellung im Verwaltungsverfahren haben sich entsprechend den rechtsstaatlichen Erfordernissen an der Unterscheidung zwischen solchen Verfahren herausgebildet, die mit dem Willen der dadurch berührten Rechtsträger eingeleitet und durchgeführt werden - Typ des Antragsverfahrens - und anderen, die ohne oder gar gegen den Willen der Betroffenen ablaufen - Typ des antswegigen Verfahrens. Der Kreis der durch das Verfahren in Mitleidenschaft gezogenen und deshalb mit dem Recht der gestaltenden Einwirkung ausgestatteten Personen wird, je nachdem, welche dieser beiden Verfahrensarten im

einzelnen Fall gegeben ist, verschieden gezogen¹⁾.

Wie überwiegend in anderen Verfahrensordnungen²⁾ trifft man im Kartellverfahren deshalb³⁾ als Typen von Verfahrensbeteiligten das Beteiligtenpaar "Antragsteller" (§ 51 Abs. 2 Nr. 1 GWB) auf der einen Seite und Personen, auf die sich die Tätigkeit der Behörde bezieht (§ 51 Abs. 2 Nr. 2, 3 GWB), auf der anderen Seite. Weil der Antragsteller im Antragsverfahren und der Betroffene im Amtsverfahren typischerweise und automatisch als Beteiligte mitwirken, spricht man auch von "Hauptbeteiligten" im Gegensatz zu "Nebenbeteiligten", die aus besonderen Gründen als Dritte neben den Hauptbeteiligten zum Verfahren hinzugezogen werden.

Im A n t r a g s v e r f a h r e n verlangt der Antragsteller von der Behörde ein Verfahren, das eine ihn besser stellende Änderung seiner konkreten Rechtslage herbeiführen soll. Das formelle Beteiligungsrecht des Antragstellers ist aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten gerechtfertigt als Kehrseite eines gesetzlichen Anspruchs auf eine begünstigende Verfügung durch die Behörde. Denn wenn die Rechtsordnung dem einzelnen einen Anspruch auf ein solches Tätigwerden der Behörde gibt, muß es dem einzelnen auch möglich sein, den Verfahrensstoff, der zu der von ihm gewollten Änderung seiner individuellen Rechtslage führen soll, mitzugestalten. Die Verfahrensbeteiligung soll jedenfalls verhindern, daß das Verfahren

1) Hellbling S. 120

2) Vgl. etwa §§ 8 Abs. 1 a des Gesetzes über das Verfahren der Berliner Verwaltung v. 2. Okt. 1958 (GVBl S. 951), § 8 (österreich.) AVG, 12 EVwVerfG 1963, § 78 Abs. 1 schl.-h. LVwG. Demgegenüber nennt das Gesetz über das Verwaltungsverfahren der Kriegsopferversorgung v. 2. Mai 1955 (BGBl I S. 202) in § 8 als Beteiligte nur den Antragsteller oder den Versorgungsberechtigten neben den Drittbeteiligten, § 18 Abs. 2 des Schutzbereichsgesetzes v. 7.12.1956 (BGBl S. 899) nur den Zahlungspflichtigen und den Entschädigungsberechtigten.

3) In der Begründung zum Regierungsentwurf § 42 unter 3 (abgedruckt in GemK 1. Aufl. S. 1111) wird ausdrücklich auf diesen Zusammenhang hingewiesen.

in seiner Abwesenheit durch Umstände beeinflusst wird, die den durch den Rechtsanspruch in Aussicht gestellten Erfolg in Frage stellen können⁴⁾. Einen zulässigen Antrag, der den Antragsteller an der verfahrensmäßigen Sachprüfung beteiligt⁵⁾, stellt deshalb nicht schon jeder, der seine individuelle Rechtslage durch ein Tätigwerden der Behörde verbessern möchte, sondern nur, wer aufgrund der in Betracht kommenden Rechtsnormen bei Vorliegen eines ganz bestimmten Tatbestandes ein Verhalten ganz bestimmter Art fordern kann. Dabei kann es keine Rolle spielen⁶⁾, ob der Anspruch des Antragstellers einen strikten Rechtsanspruch auf Tätigwerden der Behörde oder einen dem pflichtgemäßen Ermessen der Behörde überlassenen Anspruch darstellt. Denn auch bei Ermessen hat der Entscheidung ein Verfahren voranzugehen, in welchem der Sachverhalt soweit festgestellt wird, als nötig ist, um die sachliche Ausübung des Ermessens zu ermöglichen. Indem die Rechtsordnung die Möglichkeit gibt, die Behörde überhaupt in Anspruch zu nehmen, hat auch derjenige, der eine im Ermessen der Behörde stehende Entscheidung beantragt, ein legales Interesse an einer Entscheidung zu seinen Gunsten und damit zur aktiven Beteiligung am Verwaltungsverfahren. Nach alledem ist das formelle Recht auf Herbeiführung eines Verwaltungsverfahrens und die damit verbundene Beteiligung des Antragstellers am Verfahren nur in engem Zusammenhang mit dem materiellen Anspruch zu verstehen, und zwar derart, daß es einerseits kein isoliertes Recht auf Verfahrenseinleitung ohne materiellen Anspruch gibt, andererseits aber dem materiellen Anspruch das Recht auf eine gewisse verfahrensmäßige Behandlung dieses Anspruchs entsprechen muß.

4) Hellbling S. 120; Becker S. 167

5) Zur Verfahrensbeteiligung desjenigen, der einen unzulässigen Antrag stellt, vgl. unten § 5.

6) Wie hier: Mannlicher § 8 Anm. 1 (S. 101); eingehend Becker S. 167 f. - A.A. Hellbling S. 120 mwN.

Im Kartellverfahren finden diese Grundsätze in der Beteiligung des Antragstellers am förmlichen Verfahren⁷⁾ und den ausdrücklich eingeräumten Antragsrechten im materiellen Teil des GWB⁸⁾ deutlichen Ausdruck. Auch die Antragsverfahren des GWB werden auf rechtliche Veranlassung derjenigen herbeigeführt, die durch die beantragte kartellbehördliche Verfügung regelmäßig begünstigt werden. Entsprechend vermag der Antragsteller des Kartellverfahrens erst dann mit einem zulässigen Antrag eine verfahrensmäßige Sachprüfung auszulösen, wenn ihm ein Anspruch auf ein ihn begünstigendes Tätigwerden durch die Kartellbehörde zusteht. Ein auf die Verfahrenseinleitung beschränktes Antragsrecht ist auch im Kartellverfahren nicht denkbar⁹⁾. Der Anspruch auf eine begünstigende Verfügung kann sich nur aus dem Ersten Teil des GWB¹⁰⁾ ergeben, weil hier die dem Kartellverfahren zugrunde liegenden materiell-rechtlichen Vorschriften ihren Platz finden. Die verfahrensrechtlichen Vorschriften, in denen von Antragsverfahren (§ 51 Abs. 1 GWE) und Antragstellern (§ 51 Abs. 2 Nr. 1 GWE) die Rede ist, machen weder über Antragsrechte, deren Gegenstände noch über Antragsberechtigte eine Aussage¹¹⁾. Sie bedürfen deshalb der Ergänzung durch die materiell-rechtlichen Vorschriften, die einzelnen Marktbeteiligten Antragsrechte einräumen. Dieses Ergebnis bestätigt sich, wenn man die Beteiligung kraft Antragstellung im Zusammenhang mit der Beteiligung durch Beiladung (§ 51 Abs. 2 Nr. 4 GWE) sieht¹¹⁾. Indem für die Beiladung eine erhebliche Interessenberührung vorausgesetzt wird, kann die Beteiligung kraft Antragstellung nicht schon je-

7) § 51 Abs. 2 Nr. 1 GWE

8) Z.B. §§ 4; 5 Abs. 2; 6 Abs. 2; 7; 8; 14; 17 Abs. 1; 20 Abs. 3; 21; 27; 28 Abs. 3 GWE. - Vgl. auch unten

9) BKartA WuW/E BKartA 196 ("Städtereklame"); BKartA WuW/E BKartA 120 (120 f) ("Mykawerbung").

10) und dem Fünften Teil, soweit auf den Ersten Teil verwiesen wird, wie in § 105 GWE.

11) BKartA aaO

dermann oder nicht schon denen, die durch die beantragte Verfügung lediglich in ihren Interessen berührt werden, zustehen. Es ist deshalb erforderlich, auf einen materiell-rechtlichen Anspruch auf kartellbehördliches Tätigwerden abzustellen.

Das Erfordernis eines Antragsrechtes schließt deshalb auch die Zulässigkeit von Anträgen durch solche Personen aus, die lediglich durch Hinweise auf ein gesetzwidriges Verhalten anderer Unternehmen die Kartellbehörde zur Einleitung von Verfahren bestimmen¹²⁾; ein auf diese Art eingeleitetes Verfahren stellt kein Antragsverfahren dar, sondern ein Amtsverfahren.

Das **A m t s v e r f a h r e n** wird nicht durch den Beteiligungsanwärter, sondern ohne oder gegen seinen Willen herbeigeführt. Der Beteiligentyp, der dieser Verfahrensart entspricht, ist der von solchen Verfahren Betroffene, an deren Ende ein belastender Verwaltungsakt steht.

Da derartige Verfahren für den einzelnen am gefährlichsten sind, wird der Kreis dieser Beteiligten eher weit als eng gezogen¹³⁾. Denn bei zunehmender Intensität der Verwaltung ist ein Ausgleich durch Verstärkung des Rechtsschutzes erforderlich¹⁴⁾. Die Einbeziehung von unmittelbar in ihren Rechten berührten Personen gilt als untere Grenze rechtsstaatlicher Erfordernisse¹⁵⁾. Zumeist wird aber allen eine Beteiligungsmöglichkeit gegeben, die - auch mittelbar - in Rechtspositionen einschließlicb rechtlicher Interessen betroffen werden¹⁶⁾.

12) Allg.M.: BKartA Jahresbericht 1960 BT-Drucksache 2734 S. 59; Frankf.Komm. § 51 Tz. 33, 43; Langen § 51 Rdn. 6; Müller-Gries (1. Aufl.) § 51 I 2; II 2. A.A. beiläufig Dörinkel WuW 1957 S. 620.

13) Becker S. 168

14) Forsthoff, Lehrb. § 26, 2 a (8. Aufl. S. 488) im Zusammenhang mit der Berechtigung zur verwaltungsbehördlichen Beschwerde.

15) Vgl. Becker aaO sowie den Vorschlag Fellners, VwArch (Bd. 48 1957 S. 105).

16) Z.B. § 8 (österr.) AVG

Da die Grenze zwischen rechtlichen und bloß wirtschaftlichen und persönlichen Interessen nicht immer scharf zu ziehen ist, tauchen erhebliche Unklarheiten über den Beteiligtenkreis auf, wenn für alle in ihren Rechten Berührten die automatisch erfolgende Hauptbeteiligung vorgesehen ist¹⁷⁾. Neuere Verwaltungsverfahrensgesetze¹⁸⁾ beschränken deshalb die Hauptbeteiligung auf solche rechtliche Berührungen, die schon aus dem beantragten oder von der Behörde geplanten oder bereits ergangenen Verwaltungsakt selbst ersichtlich sind¹⁹⁾. Die darüber hinaus berührten Drittpersonen werden dann von der Behörde zum Verfahren zugezogen, damit sie als Nebenbeteiligte die Verwaltungs-sache beeinflussen können. Dabei tritt die Verfahrensbeteiligung erst dann ein, wenn die Verwaltungsbehörde die Zuziehung dieser Personen ausgesprochen hat. Die am Verfahren beteiligten Personen werden dadurch in eindeutiger und übersichtlicher Weise von den Nichtbeteiligten abgegrenzt.

Nach diesem Vorbild ist auch die Beteiligtenregelung des Kartellverfahrens erfolgt. Die Hauptbeteiligung ist insoweit grundsätzlich auf diejenigen beschränkt, "gegen die sich das Verfahren richtet", § 51 Abs. 2 Nr. 2 GWB; erweitert wird dieser Kreis für einzelne Verfahren durch die Einbeziehung "Betroffener", § 51 Abs. 2 Nr. 3 GWB. Den darüber hinaus durch die Entscheidung berührten Drittpersonen wird durch das Institut der Beiladung die Nebenbeteiligung ermöglicht, § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB.

Ohne daß es eines besonderen Antrages oder Beschlusses bedarf, ist gem. § 51 Abs. 3 das Bundeskartellamt an allen Verfahren vor den Landeskartellbehörden beteiligt. Diese Institution nimmt gegenüber

17) Vgl. Melichar, VVDStL Heft 17 S. 205 über die Schwierigkeiten, in denen sich das österreichische Verfahrensrecht aufgrund dieser Regelung befindet.

18) Z.B. §§ 8 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren der Kriegsopferversorgung, 8 Abs. 1 a und b des Gesetzes über das Verfahren der Berliner Verwaltung, 12 EVwVerfG 1963; § 78 Abs. 1 Nr. 1 ("Antragsgegner") und Nr. 2 schl-h LVwG.

19) Vgl. im einzelnen unten S. 102.

den genannten Haupt- und Nebenbeteiligten deswegen eine besondere Stellung ein, weil die Beteiligtenstellung des Amtes nicht durch Bezugnahme auf den Gegenstand des Kartellverfahrens bestimmt wird²⁰⁾. Unabhängig von der verhandelten Sache kommt es für die Beteiligtenstellung des Bundeskartellamtes allein darauf an, daß eine Landeskartellbehörde ein Kartellverfahren betreibt.

Diese Regelung kann nur im Zusammenhang mit der Zielsetzung, die dem § 51 Abs. 3 GWB zugrunde liegt, verstanden werden. Die Verfahrensbeteiligung des Bundeskartellamtes dient allein der Durchsetzung einheitlicher Kartellpolitik²¹⁾. Es wird befürchtet, daß die Entscheidungen der Landeskartellbehörden auch für die ihnen zugewiesenen Fälle lediglich regionaler Bedeutung die einheitliche Kartellpolitik empfindlich stören könnten. Da eine Weisung des Bundeskartellamtes oder des Bundesministers für Wirtschaft an die obersten Landesbehörden, etwa dahin, einen Sachverhalt in bestimmter Weise zu entscheiden, nicht möglich ist, sollen in den Verfahren vor den Landeskartellbehörden Vertreter des Bundeskartellamtes mit den rechtlichen Mitteln des Verfahrensbeteiligten²²⁾ solchen Entscheidungstendenzen entgegenwirken, die die einheitliche Kartellpolitik stören. Dem Bundeskartellamt steht das Recht auf Verfahrensbeteiligung in allen Verfahren

20) Im übrigen ist aber die Beteiligung von Verwaltungsbehörden an Verwaltungsverfahren dem allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht geläufig, vgl. oben S.37.

21) Vgl. zum folgenden die Ausführungen von Günther in der 215. Sitzung des BT-Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht am 24. Mai 1957, Protokoll S. 5; ein knapper Hinweis auch im Bericht des BT-Ausschusses für Wirtschaftspolitik, zu § 42 (abgedruckt in GemK 1. Aufl. S. 1201).

22) Gedacht ist sowohl an die Geltendmachung der eigenen Entscheidungstendenzen durch Ausübung des Rechts auf Stellungnahme als auch an die Herbeiführung gerichtlicher Kontrolle im Beschwerdewege, wobei auf die Geltendmachung einer eigenen Beschwerde zu verzichten ist; vgl. Günther aaO (Fn. 53); Frankf.Komm. § 51 Tz. 98.

vor den Landeskartellbehörden zu²³⁾, denn die Gefahr abweichender Entscheidungen besteht unterschiedslos in allen vor den Landeskartellbehörden verhandelten Kartellverwaltungssachen²⁴⁾.

II. Gegenüberstellung der Anknüpfungspunkte der Beteiligtenstellung mit den Beteiligtenregelungen in VwGO und ZPO

Art und Weise der Anknüpfung der Beteiligtenstellung des Kartellverfahrens verdeutlichen sich bei einer Gegenüberstellung mit den entsprechenden Kriterien im Bereich des prozeßrechts. Als vergleichbare Verfahrensordnung bietet sich zuerst die VwGO an, weil das Verwaltungsstreitverfahren einem Verwaltungsverfahren von der verhandelten Sache her am nächsten steht, dann aber auch und vor allem die ZPO als diejenige Verfahrensordnung, die der Ausgestaltung der VwGO weitgehend zugrunde liegt²⁵⁾.

Die Beteiligtenregelungen des Zivil- und des Verwaltungsgerichtsprozesses gestatten ebenso wie die Verwaltungsverfahrensordnungen die Unterscheidung zwischen Hauptbeteiligung und Nebenbeteiligung. Die Hauptbeteiligten des Zivilprozesses sind Kläger und Beklagte, die "Parteien". Auch die VwGO kennt die Beteiligung des Klägers und des Beklagten; sie vermeidet jedoch den Parteibegriff und spricht, unter

-
- 23) Eine in vielem ähnliche Regelung findet sich in § 56 BLEistG in der Fassung vom 27. Sept. 1961 (BGBl I S. 1770) hinsichtlich der Beteiligung staatlicher Behörden am Entschädigungsfestsetzungsverfahren nach § 51 BLEistG.
- 24) Beispielsweise berichtet das BKartA, Jahresbericht 1960 S. 59 (BT-Drucksache 2734) von der Teilnahme des Amtes an einem Verfahren vor der Landeskartellbehörde, in dem von einem Beteiligten die Rechtsauffassung vertreten wurde, daß für die Entgegennahme der Anmeldung nach § 9 Abs. 5 GWB im Rahmen der Landesgrenzen entgegen dem Wortlaut dieser Vorschrift nicht das BKartA, sondern die LKartB zuständig sei.
- 25) Bettermann, DVBl 1951 S. 39 bezeichnet im Zusammenhang mit der Beteiligtenregelung die ZPO als den Mutterboden, von dem sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit zu emanzipieren versuche, ohne sich aber von dieser wirklich lösen zu können.

Einbeziehung von Klägern, Beklagten und Nebenbeteiligten, allgemein von "Beteiligten"²⁶⁾. Der gegenüber den sonstigen Beteiligten herausragenden Bedeutung von Klägern und Beklagten wird aber im Sprachgebrauch dadurch Rechnung getragen, daß man dieses Beteiligtenpaar als "Hauptbeteiligte"²⁷⁾ oder gar als "Parteien"²⁸⁾ bezeichnet.

Die Hauptbeteiligten des Zivil- und Verwaltungsgerichtsprozesses werden dargestellt durch den Kläger als denjenigen, der die gerichtliche Tätigkeit durch Klageerhebung in Gang setzt, und den Beklagten als den in der Klageschrift bezeichneten Gegner. Als ein beiden Verfahrensordnungen gemeinsames Merkmal erweist sich damit die ausschließliche Anknüpfung an formelle Gesichtspunkte, nämlich die Einreichung der Klage und die Bezeichnung des Beklagten. Diese formal orientierte Beteiligtenbestimmung ist für die streitigen Gerichtsverfahren deshalb charakteristisch, weil das Gericht hier, unabhängig von der verschiedenartigen Regelung hinsichtlich der Tatsachenerforschung, grundsätzlich nur über das Begehren der Hauptbeteiligten zu entscheiden hat²⁹⁾. Die rechtliche Wirkung der den Gegenstand des Verfahrens bildenden Entscheidung trifft infolgedessen typischerweise auch gerade diejenigen, die als Hauptbeteiligte den Gang des Verfahrens wesentlich beeinflussen können.

Das Problem der Beteiligung Dritter³⁰⁾ an den genannten Verfahren taucht immer dann auf, wenn ein Bedürfnis nach Erstreckung der materiellen Rechtskraft

26) Vgl. § 63 VwGO; anders noch z.B. § 18 BVwGG: "Partei im Verfahren kann sein, wer ...", aufgehoben durch § 195 Abs. 2 Ziff. VwGO.

27) Z.B. Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 18 I (S. 65) unter Berufung auf Klinger.

28) Z.B. Bettermann aaO S. 40

29) So Baur, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 12 II (S. 127), ders. AcP Bd. 153 (1954) S. 407 unter Hinweis auf die Andersartigkeit des Verfahrens der f.G. Für die VwGerichtsbarkeit Ule, VwGerichtsbarkeit, § 59 II 1 unter Hinweis auf die Erstreckung der Rechtskraft auf alle "Beteiligten" gem. § 121 VwGO.

30) Vgl. dazu Ule aaO sowie die Ausführungen Bettermanns, DVBl. 1951 S. 73 f über den Zweck der Beiladung.

der gerichtlichen Entscheidung auf solche Personen besteht, die nicht schon als Parteien formell beteiligt sind, aber in einer materiellen Beziehung zum Streitgegenstand stehen. Weil das Urteil ihnen gegenüber nur dann rechtliche Wirkungen haben soll, wenn sie auch die Möglichkeit der Verfahrensbeeinflussung erhalten, ist ihre Beteiligung am Verfahren erforderlich. Die Beteiligung Dritter kann ferner auf dem Bedürfnis dieser Drittpersonen beruhen, die verfahrensmäßigen Rechte zu erwerben, etwa um eine der Parteien zu unterstützen³¹⁾.

In der ZPO ist die Beteiligung Dritter im 3. Teil des II. Abschnitts des 1. Buches geregelt. In den dort behandelten Fällen können auch materiell am Ausgang des Rechtsstreits Interessierte sich an ihm beteiligen³²⁾ oder zur Beteiligung aufgefordert werden³³⁾. Der durch die materielle Rechtslage Ausgewiesene kann entweder selbst Partei werden³⁴⁾ oder doch eine parteilähnliche Stellung bekleiden³⁵⁾. - An Verwaltungsgerichtsverfahren werden Dritte, die nicht zu den Hauptbeteiligten eines Verwaltungsrechtsstreits gehören, deren rechtliche Interessen aber durch die Entscheidung berührt werden, durch das Institut der Beiladung als Nebenbeteiligte zugezogen (§§ 63 Nr. 3, 65 VwGO). Durch den Beiladungsbeschluß, der von Amts wegen oder auf Antrag³⁶⁾ erfolgt, erhält der Beige-

31) Bettermann aaO S. 74 weist für die VwGerichtsbarkeit darauf hin, daß das Mitstreiten des betroffenen Dritten einerseits der Wahrung dessen Interessen, zugleich aber auch dem Interesse des Staates an der Förderung einer möglichst richtigen Entscheidung dient.

32) Haupt- und Nebenintervention

33) Streitverkündigung, Urheberbenennung

34) der Hauptintervenient; der benannte mittelbare Besitzer, der als Beklagter gem. § 76 ZPO den Prozeß übernimmt.

35) der Nebenintervenient; die Erstreckung der Rechtskraft auf diesen ist allerdings beschränkt, soweit keine streitgenössische Nebenintervention vorliegt vgl. §§ 68, 69 ZPO sowie Rosenberg, § 46 IV 1e (8. Aufl. S. 206).

36) eines Hauptbeteiligten, des Beiladungsanwärters, des Oberbundesanwalts oder des Vertreters des öffentlichen Interesses.

ladene die Rechtsstellung eines Hauptbeteiligten, allerdings mit gewissen Einschränkungen³⁷⁾. In ihrer Funktion ersetzt die Beiladung der Verwaltungsgerichtsbarkeit die Streithilfe und die Streitverkündigung des Zivilprozesses³⁸⁾. In seiner Rechtsstellung³⁹⁾ gleicht der zum Verwaltungsgerichtsverfahren Beigeladene am ehesten dem streitgenössischen Nebenintervenienten des Zivilprozesses (§ 69 ZPO); denn er tritt als bisher nicht Beteiligter einem bereits anhängigen Rechtsstreit als Nebenpartei bei, seine Stellung ist ähnlich derjenigen eines Streitgenossen gegenüber den Hauptbeteiligten verselbständigt⁴⁰⁾.

Trotz der zutage tretenden Unterschiede hat die Regelung der Beteiligung Dritter am Zivilprozeß mit derjenigen des Verwaltungsgerichtsprozesses eine Gemeinsamkeit insoweit, als die Beteiligtenstellung sowohl von einer materiellen Beziehung zum Verfahrensgegenstand als auch von einer formell-prozessualen Handlung abhängig gemacht wird, die im Zivilprozeß vorwiegend in Prozeßhandlungen der Beteiligten, im Verwaltungsstreitverfahren in einer Amtshandlung des Gerichts besteht⁴¹⁾. Im Zivilprozeß führt etwa das rechtliche Interesse des Nebenintervenienten nicht automatisch dessen Verfahrensbeteiligung herbei; erforderlich ist daneben die Zustellung eines Schriftsatzes des Nebenintervenienten an die Parteien. Ebensowenig entspricht im Verwaltungsstreitverfahren der Berührung rechtlicher Interessen durch die den Gegenstand des Verfahrens bildende Entscheidung schon die Verfahrensbeteiligung; diese erfolgt erst durch Beschluß des Gerichts.

37) Der Beigeladene muß sich innerhalb der Anträge eines Hauptbeteiligten halten; der notwendig Beigeladene kann dagegen abweichende Sachanträge stellen, § 66 Satz 2 VwGO.

38) Baumbach-Lauterbach, Übersicht vor § 64 Anm. 4

39) nicht aber auch in den Voraussetzungen der Beteiligtenstellung

40) Bettermann, DVBl 1951 S. 39

41) Bauer, DÖV 1949 S. 189

Im Gegensatz zu den Gerichten des Zivilprozesses dürfen allgemein die Verwaltungsbehörden wie auch speziell die Kartellbehörden nicht immer einen Anstoß von außen abwarten, sondern müssen von Amts wegen tätig werden, wenn die gesetzlich festgelegten Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Nur dann, wenn einzelne aufgrund einer sie rechtlich begünstigenden Rechtsvorschrift von den Verwaltungsbehörden eine Besserstellung begehren, gibt ein Antragsrecht dem Antragsteller hinsichtlich der Einleitung des Verfahrens entscheidende Betätigungsmöglichkeiten für seine Eigeninitiative. Der Grund dafür liegt in der Tatsache, daß derartige Vergünstigungen im Verwaltungsrecht nicht ungebeten von Amts wegen, sondern nur auf Wunsch von Interessenten gewährt werden. Ähnliches gilt entsprechend für das verwaltungsbehördliche Rechtsmittelverfahren⁴²⁾. Der weitere Gang des Verfahrens nach dessen Einleitung wird jedoch dann wieder vom Offizialgrundsatz beherrscht⁴²⁾. Das bedeutet, daß die Verwaltungsbehörde selbst dort, wo Personen oder Stellen mit Anträgen oder Anregungen hervortreten, nicht über ihre Rechtsbehauptungen zu entscheiden, sondern unabhängig vom Verhalten der Beteiligten, selbstverständlich unter Respektierung der Mitwirkungsrechte der Beteiligten, zu prüfen hat, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für eine von ihr zu treffende Maßnahme vorliegen oder nicht. Daher können nicht nur in Amtsverfahren, sondern auch in auf privaten Antrag eingeleiteten Verfahren⁴³⁾ Entscheidungen angestrebt werden, die einschneidende Auswirkungen auf nicht schon durch formale Handlungen mit der Behörde in Berührung stehende Personen mit sich bringen. Für die Bestimmung des am Kartellverfahren

42) Becker S. 42

43) Darauf weist auch die Bundesregierung in der Begründung zum Regierungsentwurf zu § 42 unter 3 (abgedruckt in GemK 1. Aufl. S. 1111 r.Sp.) hin, wenn gesagt wird, daß in Antragsverfahren vielfach gleichzeitig auch Kartelle und Unternehmen nach § 51 Abs. 2 Nr. 2 beteiligt sind.

zu beteiligenden Personenkreises läßt sich daraus der Schluß ziehen, daß wegen der genannten Auswirkungen auch an materielle Beziehungen zum Verwaltungsgegenstand angeknüpft werden muß⁴⁴⁾45).

An ein formelles Kriterium knüpft die Beteiligung des Antragstellers an. Denn es wird vorausgesetzt, daß der Antragsteller durch die Betätigung seines Antragsrechts eine formelle Verfahrenshandlung vornimmt, bevor er die Rechtsstellung eines Verfahrensbeteiligten erwirbt. Wenn zugleich ein materielles Antragsrecht vorausgesetzt wird, so heißt das lediglich, daß der Antragsteller ein solches geltend zu machen braucht, um einen zulässigen Antrag zu stellen; unabhängig davon, ob er zum Kreis der materiell Antragsberechtigten tatsächlich gehört, ist er an dem Verwaltungsverfahren, in dem die Zulässigkeit des Antrags geprüft wird, beteiligt. Wird seine materielle Antragsberechtigung festgestellt, ist der Antrag zulässig. Nunmehr wird der Antrag auf seine Begründetheit hin untersucht⁴⁶⁾. Auf materielle Kriterien kommt es also nur an, soweit die Beteiligung an der verfahrensmäßigen Sachprüfung in Frage steht.

Im Amtsverfahren ist die Beteiligtenstellung grundsätzlich für diejenigen, die in materieller Beziehung zum Verfahrensgegenstand stehen, vorgeschrieben. Auch in Antragsverfahren gibt es Beteiligte kraft materieller Anknüpfung dann, wenn der den Antragsteller begünstigende Verwaltungsakt belastende Auswirkungen auf andere Personen nach sich zieht. Uneingeschränkt kommt es auf die materielle Beziehung an, wenn Personen wegen der Berührung ihrer individuellen Rechtssphäre als Hauptbeteiligte am Verfahren beteiligt werden. Soweit

44) Bezüglich der ähnlichen Situation beim Verfahren der f.G. vgl. Baur, Freiwillige Gerichtsbarkeit § 12 (S. 226 ff); Lent-Habscheid § 14 (S. 74 ff).

45) Nur in solchen Verwaltungsverfahren kann auf die materielle Anknüpfung verzichtet werden, die einer Rechtsstreit zweier Personen betreffen; vgl. Becker S. 13 Fn. 21 sowie oben S. 22 Fn. 71.

46) Für das Verfahren der f.G. Baur, Freiwillige Gerichtsbarkeit aaO S. 130; Lent-Habscheid aaO S.76.

dabei allein auf die Adressierung des den Gegenstand des Verfahrens bildenden Verwaltungsakts abgestellt und dabei auf eine abgesehen davon bestehende materielle Beziehung des Adressaten zum Verwaltungsgegenstand oder zu dem Tatbestand, den die Verwaltungsbehörde regeln wollte, verzichtet wird⁴⁷⁾, ist nur scheinbar ein formales Kriterium ausreichend⁴⁸⁾. Da die Adressierung allein schon in jedem Fall den Adressaten in seinen Rechten materiell berührt⁴⁹⁾, ändert sich nichts an dem ausgesprochenen Grundsatz.

Zusammenfassend kann damit gesagt werden, daß die Hauptbeteiligten des Kartellverfahrens auf der einen Seite nach formellen, auf der anderen Seite nach materiellen Kriterien bestimmt werden. Es besteht insoweit ein wesentlicher Unterschied zu der ausschließlich formal orientierten Anknüpfung bezüglich der Hauptbeteiligten in den streitigen Gerichtsverfahren der ZPO und VwGO.

Die Beteiligung Dritter am Kartellverfahren soll durch die Beiladung herbeigeführt werden. Steht ein Dritter mit dem Verwaltungsgegenstand in einer näheren Beziehung⁵⁰⁾, so kann er auf seinen Antrag durch einen Entscheid der Behörde zum Verfahren hinzugezogen werden. Übereinstimmung zwischen der Beiladung des Kartellverfahrens und der Beteiligung Dritter am Zivil- und Verwaltungsrechtsstreit besteht insoweit, als die Verfahrensbeteiligung jeweils sowohl einer materiellen Beziehung zum Verfahrensgegenstand als auch eines formellen Aktes bedarf.

-
- 47) Für das Verfahren der f.G. Lent-Habscheid aaO S. 74 unter Hinweis auf Unger, ZZP Bd. 34 S. 303.
48) Der Hinweis des Frankf.Komm. § 51 Tz. 50 im Zusammenhang mit der unter § 6 (S. 104) behandelten Problematik ist deshalb zumindest ungenau.
49) Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 120
50) Zu den materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Beiladung im Kartellverfahren vgl.unten S.120 ff.

Dennoch besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen den genannten Regelungen. Da in Verwaltungsverfahren nicht ein zwischen Rechtssuchenden bestehender Streit entschieden wird, sondern die Behörde in eigener Sache gegenüber außerhalb ihrer selbst stehenden Personen und Stellen ohne Rücksicht auf deren formale Streitbeteiligung rechtsgestaltend einwirkt, taucht das Bedürfnis nach Erstreckung von Rechtskraft auf Drittpersonen nicht auf. Die Beteiligung Dritter an Verwaltungsverfahren beinhaltet lediglich das Problem, inwieweit Dritte, auf die sich die in Frage stehende hoheitliche Rechtsgestaltung in jedem Falle potentiell auswirkt, als (Neben-)Beteiligte die verfahrensmäßigen Rechte der Mitwirkung und Anfechtung sollen erlangen können. Im Vordergrund steht dabei das Interesse der Drittpersonen selbst an der verfahrensmäßigen Geltendmachung und Durchsetzung der eigenen Vorstellungen. Das Interesse der Verwaltungsbehörden an der Zuziehung Dritter, das sich aus Informationsbedürfnissen ergeben kann, fordert nicht unbedingt deren Verfahrensbeteiligung⁵¹⁾. Das Verwaltungsverfahren kann aus diesem Grunde auf Rechtsinstitute verzichten, die Drittpersonen zur Beteiligung am Verfahren - sei es aufgrund von Beteiligteninitiative, sei es aufgrund der Initiative der entscheidenden Stelle selbst - nötigen

Es erscheint deshalb auch folgerichtig, daß das GWB von einer Übernahme der notwendigen Beiladung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in das Kartellverfahren absieht. Zwar gibt es auch im Kartellverfahren wie in jedem Verwaltungsverfahren Entscheidungen, die einzelnen Rechtssubjekten gegenüber nur einheitlich ergehen können; das ist immer schon dann der Fall, wenn ein einzelner Verwaltungsakt gegenüber mehreren rechtlich wirkt. Der Eintritt einer einheitlichen Rechtswirkung wird jedoch nicht von der Verfahrensbeteiligung der einzelnen Rechtssubjekte abhängig gemacht. Das gilt auch für solche Antragsverfahren,

51) Vgl. oben S. 28 f

die eine gemeinschaftliche Antragstellung voraussetzen. Die gegenüber den Antragstellern nur einheitlich mögliche Entscheidung wird dadurch bedingt, daß ein gemeinschaftlicher Antrag gestellt und durch eine einzige Verfügung beschieden wird. Die in Zusammenhang damit stehende gemeinsame Verfahrensbeteiligung der Antragsteller ist lediglich eine Folge der gemeinsamen Antragstellung, nicht aber Bedingung für den Eintritt der einheitlichen Rechtswirkung.

III. Das Beteiligensystem im Kartellverfahren

Im Zusammenhang mit den dargestellten Kriterien der Beteiligtenstellung, wie sie sich im Kartellverfahren im einzelnen als Beteiligung des Antragstellers, des Betroffenen und des Beigeladenen darstellt, ist auch das Verhältnis zu betrachten, das die Beteiligten untereinander und gegenüber den Kartellbehörden einnehmen. Ein Kartellverfahren setzt mindestens die Beteiligung eines Rechtsträgers voraus. Handelt es sich um ein Antragsverfahren, so ist immer ein Antragsteller (§ 51 Abs. 2 Nr. 1 GWB) beteiligt, bei einem Amtsverfahren notwendig jemand, gegen den sich das Verfahren richtet (§ 51 Abs. 2 Nr. 2 GWB). Möglich ist aber auch, daß mehreren Rechtsträgern die Beteiligtenstellung in einem Kartellverfahren zukommt. Dabei können die mehreren Beteiligten in dem Verfahren sowohl gleichgerichtete Ziele verfolgen wie auch nach der Erreichung verschiedener Ziele streben.

Die Eigenart des Verhältnisses, in dem die verschiedenen Beteiligten des Kartellverfahrens zueinander und gegenüber der Kartellbehörde stehen, tritt deutlicher hervor, wenn man zuvor die entsprechende Regelung der streitigen Verfahrensordnungen betrachtet. Der Zivilprozeß wird vom Zweiparteienprinzip⁵²⁾ beherrscht. Jeder⁵³⁾ Prozeß setzt zwei Parteien vor-

52) Zum folgenden vgl. Rosenberg, § 39 III, IV; Graßhoff, ZZP Bd. 60 S. 242 ff

53) mit der Ausnahme des Aufgebots- und Entmündigungsverfahrens

aus, von denen die eine gegen die andere Rechtsschutz begehrt. An diesem Schema wird auch festgehalten, wenn weitere Personen zum Prozeß hinzutreten. Diese können nämlich nur auf eine der beiden Parteilseiten treten, und zwar als Streithelfer oder als Streitgenossen. Beim Beitritt von Streitgenossen steht jeder Beitretende in einem eigenen Prozeßrechtsverhältnis zum Gegner; es sind lediglich mehrere Prozesse zu einheitlicher Verhandlung und Entscheidung verbunden. Der Streithelfer tritt einer Partei zu ihrer Unterstützung, wenn auch zugleich zur Wahrung eigener Interessen bei. Die Rechtsstellung der beiden Parteien ist zwar formell die gleiche, denn beiden stehen in gleicher Weise und unter denselben Voraussetzungen dieselben prozessualen Rechte zu. Materiell aber ist die Rechtsstellung der beiden Parteilseiten nicht gleichartig. Es ergibt sich eine Vielzahl von Verschiedenheiten, die sich aus der Stellung des Klägers als des Angreifers und des Beklagten als des Verteidigers ergeben⁵⁴⁾. Die prozessuale Rechtsstellung der beteiligten Dritten ist beschränkt, und zwar dadurch, daß er einer bestimmten Partei an die Seite gegeben ist. So darf beispielsweise der Nebenintervenient sich nicht mit Erklärungen oder Handlungen der Hauptpartei in Widerspruch setzen, wenn die Hauptpartei gehandelt hat. Darüber hinaus sind dem Nebenintervenienten solche Handlungen versagt, die dem Interesse der Hauptpartei zuwiderlaufen⁵⁵⁾. Auch das Verwaltungsverfahren kennt die Differenzierung zwischen Klägern und Beklagten⁵⁶⁾, Streitgenossen⁵⁷⁾

54) Vgl. die Aufzählung bei Rosenberg, § 39 IV.

55) Denn gem. § 66 ZPO ist der Streithelfer der Partei "zum Zwecke ihrer Unterstützung" beigetreten; vgl. Baumbach-Lauterbach, § 67 2 D; Rosenberg, § 46 IV 1 c.

56) § 63 Nr. 1, 2 VwGO

57) § 64 VwGO

und Streithelfern⁵⁸⁾, so daß insoweit auf das zum Zivilprozeß Gesagte verwiesen werden kann.

Im Kartellverfahren als einem nichtstreitigen Verfahren ist das Zweiparteienprinzip, das zuweilen schon im Bereich der streitigen Gerichtsbarkeit als zu eng angesehen wird⁵⁹⁾, nicht angebracht. Nachdem der Versuch des österreichischen Allgemeinen Verfahrensgesetzes, den Parteibegriff in das Verwaltungsverfahren zu übernehmen⁶⁰⁾, als gescheitert angesehen wird⁶¹⁾, hat sich das GWB für das Mehrbeteiligtensystem entschieden. Dieses System verzichtet auf die oben dargestellten Differenzierungen. Die verfahrensmäßige Rechtstellung der Beteiligten am Kartellverfahren ist dementsprechend nicht davon berührt, ob die Beteiligten konkurrierende oder divergierende Interessen verfolgen, ob sie Haupt- oder Nebenbeteiligte sind, und wenn sie Hauptbeteiligte sind, ob sie in aktiver oder passiver Beteiligtenrolle stehen. Entsprechend werden sowohl die Mitwirkungsrechte wie auch die Rechtsmittelrechte allgemein den "Beteiligten" zugestanden⁶²⁾. Dem widerspricht auch nicht die besondere Stellung des Antragstellers, die dieser mit der rechtlichen Möglichkeit hat, Einleitung und Beendigung des Antragsverfahrens durch Einreichung und Rücknahme eines Antrags zu beeinflussen⁶³⁾. Dieses Recht steht ihm nicht wegen einer besonderen Beteiligtenstellung zu. Es ist umgekehrt seine Position als Antragsteller, die verschiedene Berechtigungen,

58) §§ 65, 66 VwGO; zu beachten ist besonders, daß sich der Beigeladene der Verwaltungsgerichtsbarkeit innerhalb der Anträge eines Beteiligten halten muß, es sei denn, es liegt notwendige Beiladung vor. Vgl. auch Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, aaO.

59) Z.B. Graßhoff, ZZP Bd. 60 S. 242 ff

60) § 8 AVG

61) Vgl. z.B. die Bedenken bei Ule-Becker S. 29 und Melichar, VVDStL Heft 17 S. 205

62) Vgl. §§ 52, 53 Abs. 1, 57 (59), 62 Abs. 2 GWB

63) Mißverständlich Frankf.Komm. § 51 Tz. 47, der im Zusammenhang mit der Beteiligtenstellung von der bevorzugten Rechtsstellung des Antragstellers spricht.

wie die Beteiligtenstellung nach § 51 Abs. 2 Nr. 1 GMB sowie die davon zu trennenden erwähnten Rechte auf Antragstellung und Antragsrücknahme nach sich zieht. Das gleiche gilt für gewisse Nachteile, die der Beigeladene hinnehmen muß, wenn er in einem fortgeschrittenen Stadium des Verfahrens zu diesem hinzutritt. In diesem Fall kann er nicht etwa eine bereits erfolgte Beweisaufnahme wiederholen lassen; er ist an die Lage des Verfahrens zur Zeit seiner Beiladung gebunden⁶⁴⁾. Vom Beginn seiner Verfahrensbeteiligung an stehen ihm dann aber ohne Unterschied alle Beteiligtenrechte zu. Die erwähnten Nachteile sind nicht dadurch bedingt, daß jemand "nur" Beigeladener ist. Ursächlich ist allein das verspätete Hinzutreten zum Verfahren.

Der Grundsatz der gleichen verfahrensmäßigen Rechtsstellung für alle Beteiligten am Kartellverfahren gilt auch bei der Beteiligung weiterer Personen. Grundsätzlich brauchen zum Kartellverfahren hinzutretende Personen sich nicht einer bestimmten Beteiligtengruppe anzuschließen. Sie treten vielmehr nebeneinander in die Beteiligtenstellung ein. Für das Hinzutreten weiterer Antragsteller gilt nichts anderes. Ihre Beteiligung erfolgt, da ja bereits ein den Gegenstand des Verfahrens bestimmender Antrag vorliegt, durch Anschluß an diesen Antrag.

64) Frankf.Komm. § 51 Tz. 42; Jessen, DB 1961 S. 1058

§ 5. Die Voraussetzungen der Beteiligtenstellung
nach § 51 Abs. 2 Nr. 1 GwB

Der Erwerb der Beteiligtenstellung nach § 51 Abs. 2 Nr. 1 GwB setzt die tatsächliche Einreichung eines Antrags an die Kartellbehörde voraus, wie sich schon aus dem Wortlaut dieser Vorschrift¹⁾ ergibt. Bei einem Vergleich mit § 42 Abs. 2 des Regierungsentwurfs²⁾, der auf Vorschlag des Bundesrates³⁾ in die jetzige Fassung umgeändert wurde, ist eine andere Auslegung nicht mehr möglich⁴⁾.

Schon aufgrund der Einreichung eines wirksamen Antrags leiten die Kartellbehörden ein Kartellverfahren ein, an dem der Antragsteller beteiligt ist. Die Beteiligung an der Hauptphase des Kartellverfahrens, nämlich derjenigen, die die eigentliche Sachprüfung der beantragten Verfügung zum Gegenstand hat, setzt daneben die Zulässigkeit des Antrags voraus.

Sowohl an die Wirksamkeit als auch an die Zulässigkeit des Antrags werden bestimmte formale und inhaltliche Anforderungen gestellt. Bei der Bestimmung dieser Anforderungen ist davon auszugehen, daß die Antragstellung eine Verfahrenshandlung darstellt. Als solche ist sie insbesondere bei Auftauchen von Zweifelsfragen einer Bezugnahme auf die entsprechenden Grundsätze zugänglich, die für Verfahrenshandlungen im Recht des allgemeinen Verwaltungsverfahrens und des Verwaltungs- und Zivilprozesses maßgebend sind. Soweit das GwB keine positive Aussage über die Antragstellung macht, erweist sich ein Rückgriff auf diese Grundsätze gar als unumgänglich.

- 1) An dem Verfahren vor der Kartellbehörde ist beteiligt, "wer die Einleitung eines Verfahrens beantragt hat."
- 2) ... "wer berechtigt ist, die Einleitung eines Verfahrens zu beantragen."
- 3) Änderungsvorschläge des Bundesrates, Anlage 2 zu BT-Drucksache 1158 § 42 (abgedruckt in GemK 1. Aufl. S. 1141).
- 4) Zur Auslegung des § 42 RegE vgl. Forsthoff, Festschrift für Isay S. 107, der, entsprechend dem Wortlaut des Entwurfs, betont, daß das Vorhandensein eines Antragsrechts ausreiche.

I. Die Wirksamkeit des Antrags

Der eingereichte Antrag muß nach Inhalt und Form gewisse Mindestvoraussetzungen erfüllen, die ihn überhaupt als Antrag im Sinne des § 51 Abs. 2 Nr. 1 GWB qualifizieren. Entspricht der "Antrag" nicht den notwendigen Voraussetzungen, ist er für den Erwerb der Beteiligtenstellung ohne Bedeutung. Die in dem Begehren enthaltenen tatsächlichen Hinweise können für die Kartellbehörde allenfalls als unverbindliche Anregungen beachtlich sein.

Über die F o r m von Anträgen enthält das GWB keine positive Regelung. Dennoch kann im Kartellverfahren als einem förmlich ausgestalteten Verwaltungsverfahren nicht auf jede Form verzichtet werden. Allgemein wird der Antrag auf Einleitung eines formstrengen Verwaltungsverfahrens für so bedeutend gehalten, daß ein mündlicher Antrag nicht genügt⁵⁾. Man wird deshalb in Übereinstimmung mit diesem Grundsatz einen schriftlichen oder mündlich zur Niederschrift gestellten Antrag fordern müssen⁶⁾. Das Erfordernis der Schriftlichkeit findet eine Bestätigung im Prozeßrecht. Dort unterscheidet man zwischen vorbereitenden und bestimmenden Verfahrenshandlungen⁷⁾, wobei für die rechtsnotwendigen Bestandteile bestimmender Verfahrenshandlungen die Schriftform als Mußform vorgeschrieben ist⁸⁾. Während der bloß vorbereitende Schriftsatz nur die mündliche Verhandlung vorbereiten soll, wird durch den bestimmenden Schriftsatz eine für das Verfahren wesentliche Prozeßhandlung vollzogen. An die Einreichung eines bestimmenden Schriftsatzes⁹⁾ werden vom Gesetz besondere verfahrensrechtliche Folgen geknüpft. Die Antragstellung im Kartell-

5) Einzelbegründung zu § 50 EVwVerfG 1963 (S. 207)

6) Das entspricht z.B. §§ 21 Berliner VwVerfG; 50 EVwVerfG; 49 nordrhein-westf. EVwVerfG (zitiert nach Einzelbegründung aaO S. 208).

7) RGZ S. 82 ff; Baumbach-Lauterbach, § 120 Anm. 1

8) Vgl. §§ 253, 340, 518, 519, 553, 554, 569 Abs. 2 ZPO

9) Beispiele: Klage, Einspruchsschrift, Rechtsmittelschrift.

verfahren muß ebenfalls in diesem bestimmenden Sinne verstanden werden¹⁰⁾. Denn es wird durch die Antragstellung eine für das Antragsverfahren wesentliche Verfahrenshandlung vollzogen. An die Antragstellung sind verfahrensrechtliche Folgen geknüpft, wie die Verfahrenseinleitung und die Beteiligung des Antragstellers am eingeleiteten Verfahren. Dieser erheblichen rechtlichen Bedeutung ist durch schriftliche oder mündlich zur Niederschrift erfolgende Antragstellung Rechnung zu tragen. - Bei Kartellerlaubnisverfahren genügt man regelmäßig dem Erfordernis schriftlicher Antragstellung, weil bereits die zur Erlaubnis eingereichten Kartellverträge und Kartellbeschlüsse gem. § 34 GWB der Schriftform bedürfen.

Ebenso wie der bestimmende Schriftsatz des Zivilprozesses¹¹⁾ bedarf der Antrag des § 51 Abs. 2 Nr. 1 GWB notwendig auch der eigenhändigen Unterschrift des Antragstellers¹²⁾.

Seinem Inhalt nach muß der Antrag auf Einleitung eines Verfahrens zur Entscheidung über die beantragte Verfügung gerichtet sein. Das heißt jedoch nicht, daß neben der Geltendmachung des materiellen Anspruchs auf Erlass einer begünstigenden Verfügung noch ein zusätzlicher Antrag auf Einleitung eines Kartellverfahrens eingereicht werden muß. Denn in dem materiellen Antrag ist der auf Verfahrenseinleitung gerichtete formelle Antrag enthalten¹³⁾. Das folgt schon aus dem engen Zusammenhang zwischen materiellem Anspruch und dazugehörigem Verfahren¹⁴⁾.

10) Das regt auch Frankf.Komm., § 51 Tz. 39 an, ohne deswegen aber notwendige Schriftlichkeit zu fordern; diese Parallele dient dort lediglich zur Begründung des Erfordernisses der eigenhändigen Unterschrift bei schriftlicher Antragstellung.

11) RGZ 151 S. 82 im Gegensatz zum vorbereitenden Schriftsatz, wo die eigenhändige Unterschrift nur durch Sollvorschrift gefordert wird.

12) Frankf.Komm., § 51 Tz. 39.

13) Frankf.Komm., § 51 Tz. 36.

14) Vgl. dazu oben S. 61

II. Die Zulässigkeit des Antrags

Vom Fehlen der Voraussetzungen, die zur Wirksamkeit eines formellen Antrags erforderlich sind, unterscheiden sich einfache Antragsmängel. Darunter sind Unzulänglichkeiten von der Art zu verstehen, die den Antrag zwar fehlerhaft machen, aber den Bestand des Antrags nicht antasten, vielmehr bis zur Entscheidung über die Zulässigkeit des Antrags noch beseitigt werden können. Bei fehlerhafter Antragstellung wird deshalb die Kartellbehörde ein Verfahren regelmäßig einleiten und dann jedenfalls die verfahrensmäßige Überprüfung der Zulässigkeit der Antragstellung vornehmen. Ob die Kartellbehörde daneben auch bereits an die verfahrensmäßige Sachprüfung herangeht, dürfte meist von der mehr oder weniger großen Wahrscheinlichkeit einer Beseitigung der festgestellten Antragsmängel abhängen. Werden die Mängel nicht beseitigt, weist die Kartellbehörde den Antrag wegen Unzulässigkeit ab. Andernfalls tritt sie spätestens bei Vorliegen eines fehlerlosen Antrags in die verfahrensmäßige Sachprüfung ein.

1. Formelle Mängel

Die Abweisung eines Antrags wegen Unzulässigkeit aufgrund formeller Mängel ist aus verschiedenen Gründen möglich. Hierher gehört etwa der Verstoß gegen Vorschriften, die das Beifügen bestimmter Unterlagen zum Antrag vorschreiben¹⁵⁾. Abweisung des Antrags wegen Unzulässigkeit kommt dagegen nicht in Betracht bei Einreichung eines Antrags bei einer anderen als der nach § 44 Abs. 1 GWB zuständigen Kartellbehörde, denn in einem solchen Fall ist die Kartellbehörde, falls sie sich für unzuständig hält, gem. § 45 Abs. 3 GWB zur Zuweisung der Angelegenheit an die nach ihrer Ansicht zuständige Kartellbehörde verpflichtet; falls sie sich aber für zuständig hält, gilt die in § 52 GWB

15) Zur Benutzung von Formblättern vgl. Frankf.Komm., § 51 Tz. 40.

getroffene Regelung¹⁶⁾. Im einzelnen sollen an dieser Stelle nur zwei Quellen formeller Mängel dargestellt werden, die mit dem Antrag als einer Verfahrenshandlung zusammenhängen.

Die Antragstellung muß grundsätzlich von demjenigen erfolgen, der die begünstigende Verfügung für sich beansprucht. Dabei ist Stellvertretung, wie allgemein im Verfahrensrecht¹⁷⁾, zulässig. Wie aber ist ein Antrag auf Einleitung eines Kartellverfahrens zu beurteilen, der von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht gestellt wird? - Für die Wirksamkeit von Anträgen, die durch Vertreter ohne Vertretungsmacht gestellt werden, ist es entscheidend, daß nicht die für private Willenserklärungen geltenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches, sondern die Grundsätze des Prozeßrechts Anwendung finden, die für prozessuale Erklärungen maßgeblich sind¹⁸⁾. Denn während § 180 BGB bei einseitigen Rechtsgeschäften im Grundsatz die Vertretung ohne Vertretungsmacht für unzulässig erklärt, wobei in bestimmten Fällen die Anwendung der §§ 177 ff BGB zugelassen, im Falle der Erklärung gegenüber einer Behörde eine nachträgliche Genehmigung durch den Vertretenen jedoch ausgeschlossen wird¹⁹⁾, gelten diese Grundsätze für prozessuale Erklärungen nicht²⁰⁾. Im Prozeßrecht wird ein von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht gestellter Antrag, sofern der Vertretene ihn später genehmigt, mit rückwirkender Kraft geheilt²¹⁾. In der Anwendung auf das Kartellverfahren

16) Vgl. dazu unten § 12 IV

17) Rosenberg, § 48 II (S. 215) hebt die Selbstverständlichkeit der Stellvertretung im modernen Prozeß hervor.

18) Wie hier: Frankf. Komm., § 51 Tz. 38.

19) mit der Wirkung, daß ein ohne Vertretungsmacht vorgenommenes Rechtsgeschäft unheilbar, also von vornherein nichtig ist. - Vgl. Staudinger-Coing, § 180 Anm. 7.

20) Staudinger-Coing aaO Anm. 1

21) BGH LM § 97 ZPO Nr. 4; RGZ 66 S. 38; Rosenberg, § 51 I (S. 231); Baumbach-Lauterbach, § 88 Anm. 2 B.

bedeutet das: Ein ohne Vertretungsmacht gestellter Antrag verpflichtet als wirksamer Antrag die Kartellbehörde zur Einleitung eines Verfahrens, an dem der Vertretene als Antragsteller beteiligt ist²²⁾. Die Fehlerhaftigkeit des Antrags wird dann durch die Genehmigung des Vertretenen beseitigt.

Im Kartellverfahren sind Fälle denkbar, in denen die Verfahrenseinleitung durch das Zusammenwirken mehrerer veranlaßt wird. Die Zulässigkeit eines Antrags wird in diesen Fällen nicht schon dadurch in Frage gestellt, daß von mehreren Antragsberechtigten nur einer von diesen einen Antrag einreicht. Erst dann, wenn aus materiell-rechtlichen Gründen die Teilnahme mehrerer Rechtssubjekte an der Antragstellung zu fordern ist, wird auch die Zulässigkeit des Antrags von der gemeinschaftlichen Antragstellung abhängig gemacht²³⁾. Das ist etwa der Fall, wenn eine in der Rechtsform einer BGB-Gesellschaft organisierte Personenvereinigung für sich eine begünstigende Verfügung, z.B. eine Erlaubniserteilung zu einem Kartell beantragt. Aus der Regelung der Geschäftsführungsbefugnis (§ 709 BGB) ergibt sich, daß eine Entscheidung über die Erlaubniserteilung zum in Frage stehenden Kartell mit Wirkung für die BGB-Gesellschaft nur gemeinsam veranlaßt werden kann. Wird nun der Antrag nicht von allen Gesellschaftern gemeinsam gestellt, sondern nur von einem oder einzelnen Gesellschaftern, fragt es sich, ob dieser Antragsmangel noch geheilt werden kann. Ein Hinweis auf die gebotene Lösung kann den Grundsätzen entnommen werden, die im Prozeßrecht die Beurteilung der gemeinschaftlichen Klage bestimmen. Als vergleichbar bieten sich die Fälle an, in denen die Leistung nur von mehreren gemeinschaftlich verlangt werden kann, hauptsächlich also bei den Aktivprozessen der gesamten Hand²⁴⁾. Die in diesen Fällen

22) Mit demselben Ergebnis Frankf.Komm., § 51 Tz. 38 unter Hinweis auf die entsprechend gleiche Rechtslage bei Anträgen durch geschäftsunfähige Personen.

23) Frankf.Komm., § 51 Tz. 43, 44

24) Vgl. Rosenberg, § 95 V 2 b, c

vorausgesetzte Gemeinschaftlichkeit der Klage erfordert nicht eine einheitliche Klagehandlung²⁵⁾. Die Gemeinschaftlichkeit kann, wenn die Klage nicht einheitlich erfolgt, bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung durch Anschluß an den Klageantrag herbeigeführt werden²⁶⁾. - Entsprechend ist auch im Kartellverfahren der genannte Antrag für wirksam anzusehen. Seine Fehlerhaftigkeit²⁷⁾ wird dadurch beseitigt, daß sich die übrigen antragsberechtigten Gesellschafter im Laufe des Kartellverfahrens dem bereits gestellten Antrag anschließen mit der Folge, daß auch sie Verfahrensbeteiligte kraft Antragstellung sind. Unterbleibt der Anschluß an den Antrag, so ist dieser wegen Unzulässigkeit abzuweisen. Das Erfordernis der gemeinschaftlichen Teilnahme an der Antragstellung kann nicht dadurch ersetzt werden, daß sich die übrigen Antragsberechtigten zum Kartellverfahren beiladen lassen²⁸⁾. Denn der Erwerb der Beteiligtenstellung macht die Vornahme der nach § 51 GWB erforderlichen Verfahrenshandlung nicht überflüssig.

2. Geltendmachung eines Antragsrechts

Die Zulässigkeit eines Antrags gem. § 51 Abs. 2 Nr. 1 GWB setzt inhaltlich die Geltendmachung eines Anspruchs auf eine kartellbehördliche Verfügung voraus. Erforderlich ist dabei, daß der Antragsteller einen solchen Anspruch schlüssig dartut. Der Antrag muß deshalb zugleich die notwendige und spezifizierte Behauptung der für ein Tätigwerden der Kartellbehörde wesentlichen Tatsachen enthalten²⁹⁾.

Der Antragsteller macht nur dann ein Antragsrecht geltend, wenn er sich auf eine Vorschrift stützt, die

25) Rosenberg aaO § 95 I 2; 94 I 2 a mwN.

26) Rosenberg aaO wie Fn. 25; für das Verwaltungsstreitverfahren: BVwGE 3, 208; Eyermann-Fröhler, § 64 Anm. 2.

27) In der Terminologie des Prozeßrechts mangelt es an der Prozeßführungsbefugnis.

28) Für das Verwaltungsstreitverfahren: Redeker-v. Oertzen, § 64 Anm. 11; Eyermann-Fröhler, § 64 Anm. 2.

29) Kreifels, NJW 1956 S. 937

ihm ein Recht auf Tätigwerden der Kartellbehörde einräumt. Daß sich die Antragsrechte im materiellen Teil des GWB befinden, wurde bereits dargelegt³⁰⁾. Zu prüfen bleibt, auf welche Vorschriften sich der Antragsteller im einzelnen stützen kann.

Unproblematisch sind die Vorschriften des GWB, die einem bestimmten Personenkreis ein formelles Antragsrecht zusprechen. Dabei handelt es sich meist um Verfügungen, die nur auf Antrag gewährt und somit durch antragsgebundene Verfahren vorbereitet werden. Die einzelnen, im GWB ausdrücklich vorgesehenen Antragsverfahren lassen sich nach ihrem Gegenstand aufgliedern. Die wichtigste Gruppe bilden die Erlaubnisverfahren³¹⁾.

30) Vgl. oben §. 62

31) Erlaubnis von Kartellverträgen: §§ 4; 5 Abs. 2; 6 Abs. 2; 7 Abs. 1; 8 Abs. 1 sowie deren Verlängerung in § 11 Abs. 2; Sicherheitsverwertung in § 14 Abs. 1; im Nebenverfahren nach §§ 19 Abs. 3, 22 Abs. 4 GWB wird über die Erlaubnis zur Ausübung von Gestaltungsrechten entschieden; das Verfahren nach §§ 20 Abs. 3, 21 Abs. 1 GWB betrifft die Erlaubnis zu Verträgen über Patente, Gebrauchsmuster und Sortenschutzrechte (§ 20) sowie Verträgen über Betriebsgeheimnisse auf den Gebieten von Pflanzenzüchtungen und des Saatguts (§ 21). Das Verfahren zur Überprüfung von Preisbindungen gemäß § 17 GWB kann auf Antrag der nach § 16 GWB Gebundenen eingeleitet werden. Daneben ist auch amtswegige Verfahrenseinleitung möglich. Nach § 27 GWB kann die Kartellbehörde auf Antrag eines Unternehmens dessen Aufnahme in eine Wirtschafts- oder Berufsvereinigung oder eine Gütezeichengemeinschaft anordnen, wenn vorher die Aufnahme durch den Verband oder die Gütezeichengemeinschaft abgelehnt wurde. Im Rahmen eines Verfahrens zur Überprüfung von Preisbindungen (§ 17 GWB), Ausschließlichkeitsbindungen (§ 18 GWB) und mißbräuchlicher Ausnutzung marktbeherrschender Stellungen (§ 22 GWB) entscheidet die Kartellbehörde in einem Nebenverfahren auf Antrag eines Vertragsbeteiligten darüber, ob einzelne Vertragsbestimmungen bestehen bleiben wenn beanstandete Verträge für unwirksam erklärt werden (§ 19 Abs. 2 GWB). Im Rahmen eines Kartellverfahrens entscheidet die Kartellbehörde nach § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB in einem Nebenverfahren über den Antrag eines Beiladungsanwärters auf Beiladung zum Kartellverfahren. Ebenfalls um ein Nebenverfahren handelt es sich, wenn die Kartellbehörde nach § 56 GWB selbständige und sofort wirksame

(Fortsetzung: S. 86)

Schwieriger ist es zu beurteilen, ob darüber hinaus etwa auch solche Vorschriften, die nicht ausdrücklich einem bestimmten Personenkreis ein formelles Antragsrecht einräumen, stillschweigend ein Recht auf Einleitung eines Kartellverfahrens enthalten.

Als ein Antragsverfahren³²⁾ ist das Verfahren nach §§ 105, 103 Abs. 1 GWB zu werten, in welchem die Kartellbehörde über die Erlaubnis zur Kündigung von Demarkationsverträgen, die zwischen Versorgungsunternehmen abgeschlossen wurden, entscheidet, obwohl ein Antragsrecht - im Gegensatz zu den sonstigen Erlaubnisverfahren - nicht ausdrücklich statuiert ist. Denn derjenige, für den die Erlaubnis vorgesehen ist, kann bei Vorliegen des Erlaubnistatbestandes aufgrund der §§ 105, 103 GWB von der Kartellbehörde eine ihn begünstigende Erlaubnisentscheidung und deren verfahrensmäßige Vorbereitung verlangen. Im übrigen ist bei Erlaubnisverfahren die antragsmäßige Mitwirkung schon deswegen erforderlich, weil nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen³³⁾ eine Erlaubnis an die Zustimmung des Bedachten in der Form eines Antrags gebunden ist.

Weiterhin könnten sich Antragsrechte nicht nur für Urheber wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen zum Zwecke der verfahrensmäßigen Herbeiführung einer sie durch Erlaubnisse oder sonstige unmittelbar begünstigenden Verfügung, sondern auch für deren Gegner in solchen Verfahren ergeben, die ein kartellbehörd-

31) (Forts.) Verfügungen zur Regelung eines einstweiligen Zustandes außerhalb der Hauptentscheidung anstrebt (einstweilige Anordnungen); dieses Verfahren kann sowohl auf Antrag wie von Amts wegen eingeleitet werden.

32) Übereinstimmend: Frankf.Komm., § 51 Tz. 26.

33) Wolff, Lehrbuch § 48 II a; Forsthoff, Lehrbuch § 11, 4 (8. Aufl. S. 195 f).

liches Einschreiten gegenüber Veranlassern von Wettbewerbsbeschränkungen zum Gegenstand haben. Die Bestimmung des § 3 Abs. 3 Nr. 3 GWB ist ein Beispiel dafür, daß sich auch aus solchen Vorschriften ein nicht ausdrücklich vorgesehenes³⁴⁾ Antragsrecht ergeben kann. Nach § 3 Abs. 3 Nr. 3 GWB haben Marktbeteiligte, die innerhalb einer bestimmten Zeitspanne nachweisen, daß sie durch den Vertrag oder Beschluß eines angemeldeten Rabattkartells ungerechtfertigt unterschiedlich behandelt werden, in Übereinstimmung mit der durch die Rechtsprechung³⁵⁾ bestätigten Praxis des Bundeskartellamtes³⁶⁾ einen Anspruch auf eine Widerspruchsentscheidung der Kartellbehörde und damit auch ein Recht darauf, die Einleitung eines Widerspruchsverfahrens zu beantragen. Obwohl ein ausdrückliches Antragsrecht in § 3 Abs. 3 Nr. 3 GWB fehlt, ist aus bestimmten Kriterien dieser Vorschrift auf eine entsprechende Verpflichtung der Kartellbehörde zu schließen, der ein Recht auf Seiten des den Nachweis Führenden entspricht. Das Bundeskartellamt³⁷⁾ sieht diese Kriterien in der zeitlichen Begrenzung des Nachweises der ungerechtfertigt unterschiedlichen Behandlung durch die Marktbeteiligten, die als solche nur den Zweck haben könne, den Marktbeteiligten innerhalb der Frist eine besondere Rechtsstellung zu verschaffen, die sie bei ungenutztem Verstreichen der Frist wieder verlieren. Weiterhin stimme es mit der Schutzabsicht des Gesetzes überein, der gesetzlich verankerten Widerspruchspflicht der Kartellbehörde als Gegenstück das Recht der betroffenen Marktbeteiligten auf Widerspruch gegenüberzustellen. Schließlich entspreche das Antragsrecht der besonderen Gestaltung und Stellung des § 3 Abs. 3 Nr. 3 GWB gegenüber den anderen Bestimmungen des § 3 Abs. 3. Gegenüber Nr. 1

34) Einziges formelles Antragsrecht dieser Normengruppe ist das Antragsrecht des Preisgebundenen in § 17 GWB.

35) BGH WuW/E BGH 680 ("Linoleum III") = WuW 1966 S. 70; KG WuW/E OLG 677 ("Linoleum II") = WuW 1965 S. 129.

36) WuW/E BKartA 747 ("Linoleum I") = WuW 1964 S. 351

37) WuW/E BKartA 749

und 2 sei in Nr. 3 die aktive Mitwirkung eines bestimmten Personenkreises zur Herbeiführung eines ganz bestimmten Erfolges, nämlich der Widerspruchsverfügung vorgesehen. Diese Mitwirkung sei deshalb als Antrag zu werten. - Verfahrensmäßig gilt³⁸⁾ der den Nachweis führende Betroffene als Beteiligter kraft Antragstellung gem. § 51 Abs. 2 Nr. 1 GWB, der einen zulässigen Antrag dann stellt, wenn er die ungerechtfertigt unterschiedliche Behandlung schlüssig nachweist.

Aus weiteren als den genannten Vorschriften des GWB Rechte auf Einleitung von Kartellverfahren herzu-
leiten, wird von der überwiegenden Meinung³⁹⁾ abgelehnt. Man geht davon aus, daß das GWB die Antragsrechte abschließend aufzähle, weil das Gesetz selbst für bestimmte Verfahren ausdrücklich formelle Antragsrechte einräumt, in anderen dagegen dies nicht tut⁴⁰⁾. Gestützt wird dieses Ergebnis mit der Feststellung, der Gesetzeszweck zwingt nicht zu einer erweiternden Auslegung, da die Kartellbehörde ihre Befugnisse in erster Linie dazu erhalten habe, um die wirtschaftspolitischen Ziele des GWB zu verwirklichen⁴⁰⁾. Für die Durchsetzung der Einzelinteressen sei nach der Konzeption des GWB in erster Linie der Zivilrechtsweg gegeben⁴¹⁾⁴²⁾.

38) WuW/E BKartA 750

39) BKartA WuW/E 196 ("Städtereklame"); BKartA WuW/E BKartA 320 ("Mykawserbung"); Langen (3.Aufl.) § 51 II 3; Junge, GemK § 51 Anm. 8; Frankf.Komm., § 51 Tz. 33. Vor Geltung des GWB bereits: Thomä, WuW 1956 S. 393; Forsthoff, Festschrift für Isay S.106. Neuerdings halten Rasch-Westrick, § 51 Rdn. 6, und Langen (4.Aufl.) § 51 Rdn. 5 unter Berücksichtigung der Spruchpraxis zu § 3 Abs. 3 Nr. 3 GWB nicht unbedingt am Erfordernis formeller Antragsrechte fest, ohne indes Vorschriften zu nennen, die Dritten einen Rechtsanspruch auf kartellbehördliches Vorgehen geben könnten.

40) So insbesondere Frankf.Komm. aaO

41) Langen (3.Aufl.) aaO; Frankf.Komm. aaO

42) Im übrigen weist man darauf hin, daß der Gegner der Wettbewerbsbeschränkung immerhin die Möglichkeit des Hinweises bzw. der Anzeige bei der Kartellbehörde habe und sich zu deren Durchsetzung der Dienstaufsichtsbeschwerde bedienen könne. Vgl. Langen (3.Aufl.) aaO.

Die Beschränkung Dritter auf die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche ist schon deswegen verfehlt, weil deren Erfolg häufig von der Ausübung der Verwaltungsbefugnisse abhängt. Die behördliche Erlaubnis eines Kartells⁴³⁾ entzieht dieses dem materiellen Verbotsbereich der §§ 1, 38 Abs. 1 Satz 1, 35 GWB. Kraft der zivilrechtsgestaltenden Erlaubnis ist die Praktizierung des Kartells keine unerlaubte Handlung mehr, auf die ein Dritter private Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüche stützen könnte⁴⁴⁾. Durch den Widerruf der Erlaubnis (§ 11 Abs. 4, 5 GWB) und die Unwirksamklärung eines Kartellvertrages oder -beschlusses (§§ 3 Abs. 4, 12 Abs. 2 Nr. 3 GWB) wird die Durchsetzung privater Klageansprüche wieder möglich. Die Geltendmachung privater Rechtsbehelfe⁴⁵⁾, auf die die Marktteilnehmer verwiesen werden sollen, ist in diesen Fällen somit nicht allein vom Verhalten anderer Unternehmen abhängig, sondern auch von dem Reagieren der Kartellbehörden. Folglich sind den Gläubigern privater Ansprüche rechtliche Mittel zur Verfügung zu stellen, um verwaltungsmäßiges Vorgehen veranlassen und unterstützend beeinflussen zu können. Ohne ihre Beteiligung an Verwaltungsverfahren, die die Vorbereitung der jeweils für den privaten Anspruch bedeutsamen Verwaltungsentscheidung betreffen, würden die privaten Rechtsbehelfe leerlaufen.

43) Entsprechendes gilt bei der Erlaubnis nach § 20 Abs. 3 GWB für wettbewerbsbeschränkende Lizenzverträge.

44) Es kann hier dahingestellt bleiben, ob ein privater Klageanspruch schon dann entfällt, wenn das noch nicht erlaubte Kartell die Voraussetzungen eines Erlaubnistatbestands der §§ 4 bis 8 GWB erfüllt (vgl. dazu E. Koch, Schadensersatz S. 110 f., verneinend für §§ 4 und 8 GWB). Denn unabhängig vom tatsächlichen Vorliegen eines Erlaubnistatbestands schließt jedenfalls die Erlaubnisverfügung private Klageansprüche aus.

45) Außer den genannten privaten Klageansprüchen ist noch der Anspruch auf Einhaltung der Kartellabmachungen einerseits und das Entgegenhalten der Unwirksamkeitseinwendung andererseits von Bedeutung. Darauf braucht hier nicht näher eingegangen zu werden, weil hier nur die Rechte Dritter in Frage stehen, nicht aber diejenigen der Kartellbeteiligten.

Auch aus anderen Gründen erscheint die Beschränkung Dritter auf formelle Antragsrechte zweifelhaft. Soweit sich die Ansicht auf den Gesetzeswortlaut beruft, verdient sie von vornherein keine Zustimmung, da der Grundsatz der abschließenden Aufzählung sämtlicher in Betracht kommender Antragsrechte bereits durch die Anerkennung der Antragsrechte in §§ 105, 103 Abs. 1; 3 Abs. 3 Nr. 3 GWB durchbrochen ist. Im übrigen schließt das Fehlen weiterer formeller Antragsrechte in Vorschriften des GWB nicht aus, daß in diesen Vorschriften materielle Ansprüche einzelner, die ein Recht auf kartellbehördliches Tätigwerden begründen, eingeräumt werden. Wenn aber jemand gegenüber der Kartellbehörde einen solchen Anspruch hat, so folgt aus dem Sinnzusammenhang der §§ 51 - 58 GWB, daß dieser auch die Einleitung eines förmlichen Kartellverfahrens beantragen kann⁴⁶⁾. Denn jede kartellbehördliche Verfügung ergeht in einem solchen förmlichen Kartellverfahren⁴⁷⁾. Wie aus dem materiellrechtlichen Anspruch des Marktteilnehmers des § 3 Abs. 3 Nr. 3 GWB dessen Recht auf Einleitung eines gegen Urheber wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen gerichteten Verfahrens, nämlich des Widerspruchsverfahrens, herzuleiten ist, enthalten auch alle anderen Vorschriften des materiellen Teils des GWB Antragsrechte, soweit sich aus diesen für einzelne ein Anspruch auf die in der betreffenden Vorschrift vorgesehene Verwaltungstätigkeit der Kartellbehörde ergibt.

Bei der Suche nach Kriterien, die einen solchen Rechtsanspruch anzeigen, kann nicht auf diejenigen zurückgegriffen werden, die von der Spruchpraxis zu

46) Zu diesem Ergebnis kommen Rasch-Westrick aaO, indem sie das Antragsrecht im Verwaltungsverfahren mit der Klagebefugnis Dritter im Verwaltungsprozeß in Beziehung setzen. Nach dem Rechtsschutzsystem des GWB erlange der Dritte durch Einräumung des Antragsrechts eine den verwaltungsprozessualen Grundsätzen entsprechende Rechtsstellung, so daß es unbefriedigend wäre, ihm lediglich die Verfahrensstellung eines Beigeladenen zuzuweisen.

47) Vgl. oben S. 60 f

§ 3 Abs. 3 Nr. 3 GWB entwickelt wurden, da jene zu sehr auf diese spezielle Vorschrift zugeschnitten sind. Wir können aber, entsprechend dem Charakter der GWB-Normen, die allgemein im Verwaltungsrecht geltenden Grundsätze heranziehen. Der Rechtsanspruch auf Tätigwerden der Verwaltung orientiert sich nach der heute überwiegenden Rechtsauffassung⁴⁸⁾ an dem Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts, der die sogenannten rechtlichen Interessen mit einbezieht. Während man aus Rechtsvorschriften, die die Interessen bestimmter Einzelpersonen rechtlich schützen, seit längerer Zeit schon einen Abwehranspruch des einzelnen gegenüber rechtswidriger verwaltungsbehördlicher Tätigkeit folgert, hat es sich erst im Anschluß an die grundlegende Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.8.1960⁴⁹⁾ durchgesetzt, dem einzelnen auch einen Rechtsanspruch auf positives Einschreiten der Behörde gegenüber Dritten zu gewähren, die störend in seinen Schutzbereich eingreifen. Konkret handelte es sich in der erwähnten Entscheidung um den Anspruch eines durch Baurechtsvorschriften geschützten Nachbarn auf positives Einschreiten der Baupolizeibehörde gegen einen störenden Dritten. Ähnlich können sich bei den Vorschriften des GWB, die die Kartellbehörde zum Einschreiten gegen Wettbewerbsstörer ermächtigen, Rechtsansprüche Dritter auf ein Einschreiten der Kartellbehörde gegen wettbewerbsbeschränkende Tätigkeit durch Marktteilnehmer ergeben, soweit diese Vorschriften die Interessen bestimmter Personen oder Personengruppen rechtlich schützen⁵⁰⁾.

48) BVerwG, DVBl 1961 S. 125; BVerwGE 9 S. 78; Bachof, Vornahmeklage S. 68 ff; Wolff, Lehrb. § 43 III b.

49) DVBl 1961 S. 125 ("Bandsäge")

50) Das BVerfG formuliert in seiner Entscheidung BVerfGE 15, 275 (281 f): "Aus der von Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz entscheidend mitgeprägten Gesamtsicht des Grundgesetzes vom Verhältnis des einzelnen zum Staat folgt, daß im Zweifel diejenige Interpretation eines Gesetzes den Vorzug verdient, die dem Bürger einen Rechtsanspruch einräumt."

Der Begriff des rechtlich geschützten Interesses dient der Abgrenzung gegenüber solchen Begünstigungen, die sich lediglich als Reflexe objektiven Rechts darstellen. Durch objektives Recht werden dann Interessen rechtlich geschützt, wenn dem einzelnen eine "Rechtmacht zum Zweck der Befriedigung von Interessen des Inhabers jener Rechtmacht"⁵¹⁾ suerkannt wird. Die Abgrenzung zwischen rechtlich geschützten Interessen und Rechtsreflexen muß in Ermangelung von absolut zuverlässigen Kriterien⁵²⁾ bei jeder einzelnen Rechtsnorm gesondert vorgenommen werden. Wichtigster Gesichtspunkt ist die sich aus dem Sinnszusammenhang und Zweck der Rechtsnorm ergebende Schutzrichtung der Begünstigung. Rechtssätze, in denen der einzelne nur aus Gründen des Allgemeininteresses begünstigt wird, haben reine Reflexwirkung. Hat die Rechtsnorm aber - zumindest auch - konkret bestimm-
baren Individualinteressen zu dienen, dann hat der einzelne ein subjektives öffentliches Recht auf Einhaltung der Norm. Entscheidend ist nach geläuterter Rechtsauffassung, daß die Begünstigung gewollt ist⁵³⁾.

Für den rechtlich geschützten Personenkreis kann sich auch dann ein Anspruch auf hoheitliche Tätigkeit ergeben, wenn die fragliche Vorschrift des GWB den Erlaß der Entscheidung in das Ermessen der Kartellbehörde stellt. Allerdings entsteht, gemäß den Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsrechts⁵⁴⁾, der Anspruch nicht schon bei bloßem Vorliegen der Tatbestandsmerkmale der Ermessensvorschrift, vielmehr muß ein Sachverhalt vorliegen, der als Ergebnis einer ermessensfehlerfreien Entschlieûung nur noch das Eingreifen der Kartellbehörde übrig läßt. Während etwa im Ordnungsbehördenrecht⁵⁴⁾ bei hoher Intensität der

51) So wörtlich Maunz-Dürig, Art. 19 IV Rdn. 34 unter Hinweis auf Bachof, Gedächtnisschrift für Jellinek S. 291 und Forsthoff, Lehrb. § 10 (S. 170 ff) und die dort nachgewiesene Literatur.

52) Maunz-Dürig aaO Rdn. 35; Huber Bd. I § 57 (S. 683)

53) Maunz-Dürig, Art. 19 IV Rdn. 34 - 36; Bachof, Gedächtnisschrift für Jellinek S. 301; Menger, System S. 118; Wolff, Lehrb. § 43 I b.

54) BVerfGE 1961 S. 125; Wolff, Lehrb. § 43 III b

Störung oder Gefährdung eine EntschlieÙung der Behörde zum Nichteinschreiten als schlechthin ermessensfehlerhaft erscheinen kann, wird sich im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen eine derartige "Schrumpfung" des Ermessens bei besonders hohem Grad der Beschneidung der wettbewerbsrechtlich geschützten Handlungsfreiheit ergeben können. Der Antragsteller muß einen Sachverhalt vortragen, aus dem sich eine solche individuelle Beschränkung seiner Handlungsfreiheit ergibt. Der Behörde darf keine andere Wahl als die des Einschreitens mehr bleiben, so daß der an sich auf ermessensfehlerfreie EntschlieÙung gehende Rechtsanspruch im praktischen Ergebnis einem strikten Rechtsanspruch auf eine bestimmte Eingriffstätigkeit gleichkommt.

Sollten Gegner wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen kartellbehördliches Einschreiten bei Vorliegen eines ganz bestimmten Tatbestandes beanspruchen können, darf ihnen das Antragsrecht nicht mit dem Hinweis aberkannt werden, nach der gesetzgeberischen Konzeption sei für sie allein zivilrechtlicher Schutz vorgesehen. Die gesetzliche Schutzwirkung ist sowohl von den Kartellbehörden zu beachten, wie sie zugleich auch Grundlage zivilrechtlicher Ansprüche sein kann⁵⁵⁾. Zwar hat der Gesetzgeber nicht daran gedacht, daß - außer dem formell antragsberechtigten Preisgebundenen nach § 17 GWB - auch Kartellgegner oder Gegner sonstiger wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen als Beteiligte kraft Antragstellung in Betracht kommen⁵⁶⁾.

55) Ähnlich Mailänder, WuW 1965 S. 673.

56) Die Vorstellung des Gesetzgebers von dem Verhältnis zwischen der gesetzlichen Schutzabsicht zugunsten bestimmter Personengruppen und deren Bedürfnis, die Kartellverwaltung zum Einschreiten zu veranlassen, ist verschwunden, wie sich am Beispiel der Entstehungsgeschichte des § 18 GWB (alte Fassung) zeigen läßt. In § 18 GWB wurden Ausschließlichkeitsbindungen dann der Unwirksamklärung durch die Kartellbehörde ausgesetzt, wenn sie neben einer wesentlichen Beschränkung des Wettbewerbs zu einer unbilligen Beeinträchtigung der betroffenen Unternehmen führten. Zu den betroffenen Unternehmen gehörten zwangsläufig die gebundenen, stets aber auch die ausgeschlossenen Unternehmen
(Fortsetzung: S. 94)

Da sich der Begriff des subjektiven öffentlichen

- 56) (Forts.) (vgl. Biedenkopf, S. 227; Schwartz, GemK § 18 Anm. 34). - Das Merkmal der Unbilligkeit kennzeichnet dabei das Mißverhältnis zwischen dem Vertragszweck und der Auswirkung auf unbeteiligte Dritte. Wird der Dritte durch die Bindung von einem erheblichen Teil des ihm erreichbaren Marktes ausgeschlossen, ist die Beschränkung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit wesentlich, so daß ein Mißverhältnis und damit die Unbilligkeit als gegeben angesehen wird.

Der Gesetzgeber selbst wie auch ein Teil der heute maßgeblichen Literatur (Biedenkopf aaO S. 210 f, 219 ff; Schwartz aaO Anm. 6, 7; Frankf.Komm., § 35 Tz. 33) gehen davon aus, daß § 18 GWB im Zusammenhang mit den erwähnten Kriterien den Schutz der betroffenen Unternehmen beabsichtigt. Folgerichtig sah bereits der Regierungsentwurf in § 13, der dem jetzigen § 18 GWB entspricht, vor, daß die KartB auf Antrag des Betroffenen oder von Amts wegen eingreifen solle (abgedruckt im GemK 1.Aufl. S.1042). Diese Formulierung passierte den Bundesrat (vgl. Änderungsvorschläge des BR § 13 GemK 1.Aufl. S. 1133) und wurde erst vom Ausschuß in der zweiten Beratung (vgl. Bericht des BR-Ausschusses für Wirtschaftspolitik, Berichterstatter Dr. Hoffmann, zu § 13, GemK 1. Aufl. S. 1185 f, zitierte Stellen 1186; vgl. ferner die Wertung dieser Materialien bei Biedenkopf S. 210 und Schwartz aaO Anm. 45) gestrichen; der ersatzweise eingeführte Passus: "Die Kartellbehörde kann ..." wurde dann Gesetz. - Mit der Streichung des Antragsrechts wollte der Gesetzgeber "klarstellen", "daß nicht nur das durch die Ausschließungsklausel gebundene Unternehmen sich beschwerdeführend an die Kartellbehörde wenden kann, sondern auch der durch den Vertrag ausgeschlossene Dritte, der gewöhnlich gerade die nachteiligen Auswirkungen der Exklusivvereinbarung zu tragen hat ...". Allerdings erscheint die Streichung des Antragsrechts inkonsequent, denn damit wird dem Ausgeschlossenen gerade ein ausdrückliches Antragsrecht, das ihm als Betroffenen im Entwurf zugestanden wurde, wieder genommen, eine Tatsache, die vom Ausschuß kurioserweise im nachfolgenden Satz "in Kauf genommen" wird. Dem Gesetzgeber ist demnach die Beziehung zwischen der Relevanz der Interessen Dritter für die Entscheidung der Kartellbehörde und dem Erfordernis einer Einflußnahme dieses privaten Personenkreises auf die Herbeiführung der kartellbehördlichen Eingriffstätigkeit, wenn auch unklar, bewußt gewesen. Er hat mit der Streichung des ausdrücklichen formellen Antragsrechts dann aber die - zumindest bei Zugrundelegung des erweiterten Rechtsbegriffs falsche - Konsequenz aus der bestehenden materiellrechtlichen Situation gezogen.

Rechts noch nicht in dem heute verstandenen weiten Sinne durchgesetzt hatte, glaubte man, für die Inhaber eines Rechtsanspruchs auf positive Kartellverwaltungstätigkeit sei durch die Gewährung formeller Antragsrechte in ausreichendem Maße verfahrensmäßig gesorgt. Diese Annahme ist aber unter Beachtung des heute anerkannten Umfangs individueller Rechte verfehlt. Da die gesetzgeberische Konzeption gerade auf dem Individualrechtsschutz basiert⁵⁷⁾, erscheint es aber erforderlich⁵⁸⁾ und unbedenklich, die individuell in ihren Interessen rechtlich Geschützten in die Reihe der Antragsberechtigten miteinzubeziehen.

Ob sich aus Vorschriften des GWB weitere Antragsrechte ergeben oder ergeben können, hängt also allein noch vom Vorliegen rechtlich geschützter Interessen für bestimmte Personen oder Personengruppen ab. Unter diesem Gesichtspunkt sind die GWB-Normen, anders als etwa die Normen des Baurechts und des Personenbeförderungswesens⁵⁹⁾, bisher nicht oder kaum untersucht worden. Dagegen spielt die für die Bestimmung rechtlicher Interessen wesentliche Frage des Schutzzwecks der Normen des GWB eine entscheidende Rolle bei der

57) Auch dafür bietet die Entstehungsgeschichte des § 18 GWB (vgl. Fn. 56) ein treffendes Beispiel, insbesondere die Betonung der Interessen der ausgeschlossenen Unternehmen in Verbindung mit der Anerkennung des Bedürfnisses dieser, sich beschwerdeführend an die Kartellbehörde wenden zu können.

58) Interessanterweise kommen Biedenkopf aaO S. 212 Fn. 33, der auf S. 211 im Ergebnis die Streichung des Antragsrechts mit dem Regierungsentwurf "in Kauf" nimmt, Bedenken, "ob nicht aus Gründen allgemeiner Rechtestaatlichkeit und unter Berücksichtigung des in Art. 19 Abs. 4 GG ausgesprochenen Grundsatzes den von der vereinbarten Herrschaftsordnung Ausgeschlossenen nicht doch ein Anspruch auf Tätigwerden der Kartellbehörde zuzusprechen wäre. Hier, wie auch sonst, wird man das Gesetz aus seinem rechtlichen Zweck dann ergänzen müssen, wenn seine Vorschriften, aus welchen Gründen auch immer, diesem Zweck offensichtlich nicht gerecht werden."

59) Vgl. Bernhardt, JZ 1963 S. 302; Dörffler, NJW 1963 S. 14; Hauelsen, NJW 1964 S. 2037.

Beurteilung des Schutzgesetzcharakters gem. § 35 GWB⁶⁰⁾
Die dabei zusammengetragenen Gesichtspunkte können insoweit auch hier maßgebend sein, als der Schutzzweck solcher Normen des GWB zu beurteilen ist, die Grundlage eines sich gegen Urheber wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen richtenden Kartellverfahrens sind. Soweit im Zusammenhang mit § 35 GWB der Gebots- bzw. Verbotscharakter von GWB-Normen in Frage steht, wird allerdings keine Aussage über die Begründung rechtlicher Interessen gemacht. Normen des materiellen Teils des GWB, denen der Schutzgesetzcharakter lediglich deshalb fehlt, weil sie kein Verbot oder Gebot, sondern etwa nur eine Rechtsfolgenanordnung zwecks Versagung des Rechtsschutzes enthalten, begründen dann aber rechtlichen Interessenschutz, wenn die darin enthaltene Begünstigung für einen individuell bestimmbaren Personenkreis gewollt und bezweckt ist⁶¹⁾.

Als eine Gruppe solcher Normen, die die Kartellbehörde zu marktordnendem Eingreifen gegenüber Veranlassern wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ermächtigen und damit für einzelne Gegner solcher Verhaltensweisen individuellen Schutz bezwecken, kommen diejenigen in Betracht, die die Kartellbehörde zum Widerspruch (§§ 2 Abs. 2, 3 Abs. 2, 5 a Abs. 3 GWB), zu Maßnahmen der Mißbrauchsaufsicht (§ 12 GWB) und zum Widerruf und zur Einschränkung von Erlaubnissen (§ 11 Abs. 4, 5 GWB) gegenüber Kartellen ermächtigen. Antragsrechte können sich ferner aus Normen ergeben, die die Grundlage zum Eingreifen gegen wettbewerbsbeschränkende Individualverträge (§§ 17, 18, 11 Abs. 4, 5 in Verbindung mit 20 Abs. 3, 21 GWB) und gegen marktbeherrschende Unternehmen (§ 22 Abs. 4 GWB) bilden.

60) Vgl. die Kommentarliteratur zu § 35 GWB, ausführlich z.B. Frankf.Komm. § 35, Benisch, GemK § 35; ferner: Leo, WuW 1959 S. 485 ff; Mailänder, Privatrechtliche Folgen, S. 165 ff; E. Koch, Schadensersatz S. 18 ff.

61) Vgl. die übereinstimmenden Formulierungen a) einerseits bei Maunz-Dürig und Bachof aaO (Fn. 53), b) andererseits bei Leo, WuW 1959 S. 491 f; Frankf. Komm. § 35 Tz. 10, 11; Schwartz, GemK § 15 Anm. 2, allerdings einschränkend auf S. 52.

Zur Bestimmung der Inhaber eines Rechtsanspruchs auf kartellbehördliches Einschreiten gegen Veranlasser von Wettbewerbsbeschränkungen sind die Gesichtspunkte von exemplarischer Bedeutung, die die Erörterung des generellen Schutzzwecks des § 1 GWB bestimmen. Dabei geht es darum, die vielfach diskutierte Fragestellung⁶²⁾, ob das GWB generell nur den Wettbewerb als Institution schützt oder daneben oder ausschließlich Individualschutz gewährt, dahin zu konkretisieren: Ist mit dem Kartellverbot des § 1 GWB der Schutz der Handlungsfreiheit Dritter, also der im Wettbewerb mit den Kartellbeteiligten stehenden Außenseiter, den Kartelllieferanten und Kartellabnehmern - zumindest auch - bezweckt?

Auf der einen Seite⁶³⁾ wird hervorgehoben, daß Gesetze, die eine Institution schützen sollen, zugleich einzelne schützen können⁶⁴⁾, ja daß der Individualschutz schon deshalb zu folgern sei, weil keine Institution um ihrer selbst willen geschützt werde⁶⁵⁾. Soweit Drittinteressenten, wie zum Beispiel Abnehmer, begriffsnotwendig zum wirtschaftlichen Wettbewerb gehören, würden sie - mindestens neben dem Institutionenschutz - in ihren Einzelinteressen durch § 1 GWB geschützt. Im übrigen sei das Grundsatzverbot des § 1 GWB zum alleinigen Institutionenschutz nicht erforderlich, weil schon durch die Sicherung der freien wirtschaftlichen Betätigung der einzelnen Wettbewerber, deren Schutz wiederum das Grundsatzverbot ebenfalls nicht erfordere, der Wettbewerb als Institution der Marktwirtschaft gesichert sei⁶⁶⁾.

62) Zusammenstellung des Streitstandes bei Koenigs, NJW 1961 S. 1041.

63) Individualschutz durch § 1 GWB wird bejaht von: Flume, WuW 1956 S. 467; Lukes S. 185 ff; Fikentscher, BB 1956 S. 796.

64) Flume aaO

65) Lukes aaO S. 185; ähnlich Fikentscher aaO S. 796 1.Sp.

66) Lukes S. 186

Auf der anderen Seite⁶⁷⁾ wird aus den Gesetzesmaterialien und dem Wortlaut des GWB - "Beeinflussung der Marktverhältnisse" - der Schluß gezogen, durch das generelle Kartellverbot solle lediglich im anonymen Preisbildungsprozeß eine optimale volkswirtschaftliche Wirkung erzielt werden⁶⁸⁾. Im übrigen sei die Anerkennung individueller Schutzrechte mit der volkswirtschaftlichen Zielsetzung des § 1 GWB unvereinbar. Die Beteiligung Privater an der Durchführung des Wettbewerbsschutzes führe zu neuen Verzerrungen des Mechanismus; das wiederum finde seine Ursache auch darin, daß das öffentliche Interesse an der Erhaltung der Wettbewerbsordnung und die Individualinteressen nicht konform liefen⁶⁹⁾. Weitere Argumente beziehen sich insbesondere auf praktische Bedenken gegen die Gewährung von Schadensersatz und Unterlassungsansprüchen, wie etwa Schwierigkeiten bei der Abgrenzung des Kreises etwaiger schutzberechtigter Dritter⁷⁰⁾ und die unerwünschte Ausweitung von Ansprüchen auf entfernt Betroffene⁷¹⁾. Auch bei der Bestimmung des Kreises der Antragsberechtigten tauchen diese Abgrenzungsschwierigkeiten auf. Ebenso könnte die Ausweitung des Kreises der antragsberechtigten Personen unerwünscht sein. Soweit praktische Erwägungen dieser Art⁷²⁾ angestellt werden, finden sie also auch im Rahmen dieser Erörterung ihren Platz.

67) Gegen individuellen Schutzzweck des § 1 GWB sprechen sich aus: Benisch, GemK § 35 Anm. 5; ders. in WuW 1961 S. 766 ff; Frankf.Komm. § 35 Tz. 14 ff, besonders 19 ff mwN; Leo, WuW 1959 S. 489. Vorgesetzliches Schrifttum: Ballerstedt, JZ 1956 S. 271; Strickrodt, WuW 1957 S. 75; Würdinger, WuW 1953 S. 728.

68) Benisch, GemK aaO Anm. 5; ders. WuW aaO S. 769 f

69) Dagegen vor allem Westmäcker, DB 1968 S. 790 f

70) Benisch, WuW aaO S. 770

71) Benisch, GemK aaO Anm. 5 aE; WuW aaO S. 770; Frankf.Komm. aaO Tz. 23, jeweils unter Hinweis auf die noch vor Geltung des GWB ergangene Entscheidung des BGH, WuW/E BGH 153 ("Speditionsbedingungen").

72) Unbrauchbar sind hier beispielsweise Erwägungen, die sich mit den praktischen Schwierigkeiten bei der Berechnung von Schäden befassen (vgl. Benisch, GemK aaO Anm. 5, WuW aaO S. 770 unter d).

Je nachdem, wie man sich zu diesen grundsätzlich eingenommenen Positionen stellt, können den einzelnen Vorschriften weitere Gesichtspunkte entnommen werden. Schließt man die Möglichkeit des Individualschutzes für Gegner wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens mit ein, so ist weiterhin darauf abzustellen, ob das Gesetz gerade die Berücksichtigung des Interesses dieser Personengruppe durch Einfügung besonderer Tatbestandsmerkmale vorschreibt⁷³⁾. Denkbar ist ferner, daß das GWB zu einer Eingriffsverfügung ermächtigt, die einem Veranlasser ein bestimmtes Verhalten erkennbar im Interesse bestimmter Personen oder Personengruppen untersagt. Erkennt man das an, muß auch die Konsequenz, nämlich die Herleitung eines Antragsrechts für die Geschützten, gezogen werden. Diese haben demnach dann ein Recht auf Einleitung eines Verfahrens, wenn sie einen Tatbestand geltend machen können, der die Kartellbehörde zu der beschriebenen Eingriffstätigkeit verpflichtet.^{73a)}

Wenn nach dem hier vorgeschlagenen Weg nicht nur das formelle Antragsrecht anerkannt, sondern darüber hinaus jedem materiell-rechtlichen Anspruch auf kartellbehördliches Tätigwerden ein Recht auf Einleitung des Kartellverfahrens zugeordnet wird, vergrößern sich damit ohne Zweifel die praktischen Schwierigkeiten. Denn bei der Beurteilung des Schutzzwecks der einzelnen GWB-Normen wird es oftmals zu Abgrenzungsschwierigkeiten kommen, wie die vielfältigen, zum Schutzzweck des GWB und seiner Normen vertretenen Meinungen erwarten lassen. Solche rechtlichen Schwierigkeiten stehen aber zurück, wenn es darum geht, dem Staatsbürger den ihm nach der geltenden Rechtsordnung gebührenden Rechtsschutz zu gewähren.

73) Die Berücksichtigung von Interessen einzelner Personengruppen ist beispielsweise in §§ 3 Abs. 1, 15, 18, 20, 21 GWB vorgeschrieben.

73a) Zu den vom GWB begründeten Rechten Dritter vgl. im einzelnen unten S. 160 ff, 164 ff.

Eine ungebührliche Ausweitung des Kreises der Antragsberechtigten ist indessen nicht mit dieser Handhabung verbunden. Denn die meisten Eingriffsbestimmungen, wie etwa die §§ 3 Abs. 4, 12 Abs. 2, 17, 18 und 20, 21, die auf 11 Abs. 4 GWB verweisen, geben der Kartellbehörde Ermessen hinsichtlich ihres Einschreitens. In der Praxis dürfte ein Begehren, das als Ergebnis einer ermessensfehlerfreien Entscheidung nur noch das Eingreifen der Kartellbehörde übrig läßt, verhältnismäßig selten möglich sein. Nur in einem solchen Fall muß die Kartellbehörde in die verfahrensmäßige Sachprüfung eintreten. Im Normalfall bleibt der Ermessensspielraum erhalten. Wenn die Kartellbehörde aufgrund ihrer Ermessensfreiheit gegenüber einem schlüssigen Antrag die Vornahme der beantragten Eingriffsverfügung ablehnen will, braucht sie das Verwaltungsverfahren nur hinsichtlich der Zulässigkeit des Antrags einzuleiten⁷⁴⁾. In der Regel wird sich dieses mit der negativen Bescheidung des Antragstellers erledigen, da die Erforderlichkeit weiterer Verfahrenshandlungen zur Prüfung der Schlüssigkeit des Antrages nur in Ausnahmefällen denkbar ist.

74) Insoweit kann auf die Ausführungen oben S. 61, 78, 81, 84 verwiesen werden.

§ 6. Voraussetzungen der Beteiligtenstellung nach

§ 51 Abs. 2 Nr. 2 GWB

Nach § 51 Abs. 2 Nr. 2 GWB steht denjenigen Kartellen, Unternehmen, Wirtschafts- und Berufsvereinigungen die Beteiligtenstellung zu, gegen die sich das Kartellverfahren richtet. Im Gegensatz zur Verfahrensbeteiligung des Antragstellers und des Beigeladenen kommt es dabei nicht auf die Vornahme irgendwelcher verfahrensmäßig relevanter Akte durch die Kartellbehörde oder den Betroffenen an, wenn man davon absieht, daß die Kartellbehörde überhaupt ein Verfahren einleitet. Entscheidend für die Herbeiführung der Beteiligtenstellung ist allein die Beziehung, die das Kartellverfahren durch die seinerseits eingeschlagene "Richtung" zu Kartellen usw. herstellt.

Verwaltungsverfahren dienen der Vorbereitung einer behördlichen Entscheidung. Mit ihrer endgültigen rechtlichen Existenz wird ein weiteres procedere jedenfalls auf dieser Ebene überflüssig. Die abschließende Entscheidung ist der Endpunkt, auf den die Ermittlungen, Verhandlungen und sonstigen Verfahrenstätigkeiten zulaufen, nach dem sich alles ausrichtet. Richtung des Verfahrens ist deshalb nichts anderes als Richtung der Verwaltungsentscheidung, die das Verfahren zum Gegenstand hat.

Aufschlußreich für das Verständnis dessen, was das Gesetz mit der Richtung der Kartellverwaltungsentscheidung meint, ist zunächst die Funktion des § 51 Abs. 2 Nr. 2 GWB als der Voraussetzung der Hauptbeteiligung gegenüber derjenigen der Nebenbeteiligung durch Beiladung nach § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB. Die Differenzierung zwischen Kartellen usw., gegen die sich das Verfahren richtet, und Personen und Personenvereinigungen, die lediglich durch die Entscheidung in ihren

Interessen erheblich berührt werden, bezweckt zweierlei¹⁾. Einmal soll die automatische Verfahrensbeteiligung auf diejenigen beschränkt sein, deren Beziehung zum Verfahrensgegenstand sich aus der geplanten oder bereits ergangenen Verfügung selbst ergibt. Demgegenüber wird die Beteiligung von Personen, deren Nähe zum Verfahrensgegenstand sich nicht schon mehr oder weniger aus diesem ablesen läßt, erst durch Herbeiführung eines eigenen Beiladungsverfahrens klärend vorbereitet. Die Richtung einer Kartellverfügung ist also etwas, das, von ihrer verfahrensmäßigen Funktion her gesehen, ihr deutlich sichtbar anhaftet.

Bei der weiteren Bestimmung dieses Merkmals kann man davon ausgehen, daß die Beteiligtenstellung desjenigen, gegen den sich das Kartellverfahren richtet, typischerweise in Amtsverfahren praktisch wird, in Antragsverfahren dagegen nur dann möglich ist, wenn die beantragte Verfügung belastend auf andere Rechtssubjekte einwirkt. Die belastende Einwirkung der Entscheidung kennzeichnet jedenfalls diesen Beteiligten-typ.

Ein Vergleich mit den Voraussetzungen der Beteiligtenstellung in § 51 Abs. 2 Nr. 3 und 4 GWB, in denen ebenfalls auf belastende Einwirkungen abgestellt wird ergibt, daß die Belastung sich nicht in der Berührung von Interessen oder in einem effektiven Betroffensein erschöpfen darf, da die Beteiligtenstellung nach diesen Vorschriften sonst gegenstandslos wäre²⁾. Der Unterschied der durch die Entscheidung herbeigeführten Belastung besteht hier eben darin, daß diese aus der Entscheidung selbst erkennbar sein muß.

Behördliche Entscheidungen geben die durch sie potentiell oder aktuell herbeigeführten Einwirkungen auf Privatpersonen dann aus sich heraus zu erkennen, wenn man sie nach ihrer Zielsetzung befragt. Bei der

1) Vgl. oben § 4 S. 64

2) Müller-Gries (1. Aufl.), § 51 Anm. 4; Frankf. Komm., § 51 Tz. 49

Untersuchung der Kartellverwaltungstätigkeit³⁾ gingen wir davon aus, daß die Kartellbehörden gegen ganz bestimmte Erscheinungsformen der Wettbewerbsbeschränkung vorgehen, um damit auf die wirtschaftlichen Einzel- und Gesamtzusammenhänge korrigierend Einfluß zu nehmen. Verwaltungsentscheidungen, so stellten wir fest, äußern individuelle Wirkung auf Angehörige zweier Gruppen. Nur die erste Gruppe konnten wir exakt definieren als diejenigen, die ihre eigene Handlungsfreiheit oder die Handlungsfreiheit anderer im wirtschaftlichen Wettbewerb beschränken. In der zweiten Gruppe mußten wir alle übrigen zusammenfassen, die, ohne selbst Veranlasser zu sein, ihre eigene Handlungsfreiheit vertraglich einschränken oder die - im Sinne von Außenwirkungen - nach den Bedingungen des Marktes und der Marktmacht der jeweiligen Unternehmen in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit berührt werden.

Nur die zuerst Genannten, die Veranlasser⁴⁾, lassen sich bereits anhand der Verwaltungsentscheidung erkennen, die j $\ddot{a}$ die Wettbewerbsbeschränkung an ihrem Ausgangspunkt ergreifen will. Welcher Angehörige dieser Gruppe jeweils angesprochen wird, kann man sowohl der verobjektivierten Entscheidung als solcher, nachdem sie zum Gegenstand des Verfahrens gemacht oder durch Erlaß aktualisiert wurde, als auch der der Entscheidung aufgesetzten Adressierung zu entnehmen versuchen. Am deutlichsten ist der in der Entscheidung bezeichnete Adressat als derjenige erkennbar, gegen den sich das Verfahren richtet. Die Richtung des Verfahrens auf diesen ist dadurch gekennzeichnet, daß

3) Vgl. oben S. 42 ff

4) Bei dieser Auslegung erklärt sich auch die im Gesetzeswortlaut vorgenommene Differenzierung zwischen "Kartellen, Unternehmen, Wirtschafts- und Berufsvereinigungen" in § 51 Abs. 2 Nr. 2 GwB und den "Personen und Personenvereinigungen" in § 51 Abs. 2 Nr. 4. Kartelle und Unternehmen sind am Marktgeschehen direkt beteiligt und können deswegen Veranlasser von Wettbewerbsbeschränkungen sein. Wirtschafts- und Berufsvereinigungen sind im Hinblick auf das Verfahren nach § 27 GwB als "Veranlasser" einbezogen worden. Dagegen können als "Dritte" auch Personen und Personenvereinigungen von der Verwaltungsentscheidung betroffen sein.

die Kartellbehörde selbst den Adressierten für einen Veranlasser hält und ihn deswegen, etwa durch Zustellung von Schriftsätzen, zum Verfahren hinzuzieht, im Laufe des Verfahrens die Vorbereitung einer auf diesen abzielenden Maßnahme zu erkennen gibt, die das Verfahren abschließende Verfügung endlich an ihn adressiert. Es ist selbstverständlich, daß sich das Verfahren unabhängig davon gegen den Adressaten richtet, ob dieser an der in Frage stehenden Wettbewerbsbeschränkung tatsächlich beteiligt ist⁵⁾. Schon die Adressierung vermag seine Rechte zu beeinträchtigen⁶⁾. Die dem Adressaten nach § 51 Abs. 2 Nr. 2 GWB zustehende Beteiligtenstellung gibt ihm die Möglichkeit, mittels seiner Verfahrensrechte klarzustellen, daß er an der Wettbewerbsstörung nicht beteiligt ist.

Der Kreis derer, gegen die sich Kartellverfahren richten, darf dabei nicht auf die von der Kartellbehörde als Adressaten Bezeichneten beschränkt werden. In manchen Fällen richtet sich die Verfügung nach ihrer objektiven Zielsetzung über den Kreis der Adressaten hinaus auf weitere Veranlasser. Das ist der Fall bei Verfügungen, die rechtsgestaltend auf Marktbeteiligte einwirken, um durch Entziehung des zivilrechtlichen Schutzes Wettbewerbsbeschränkungen zu vereiteln. Die Versagung des Rechtsschutzes für wettbewerbsbeschränkende Verträge tritt nämlich unabhängig davon ein, ob alle Partner des Vertrages in der Verfügung bezeichnet sind; allein der beanstandete Vertrag muß genau bezeichnet werden. Eine entsprechende Verfügung zielt dann auf alle diejenigen ab, die an der durch die Verfügung zu beseitigenden Wettbewerbsbeschränkung als Veranlasser beteiligt sind. Würde sich das Verfahren nicht auch gegen die nicht-adressierten Veranlasser richten, hätte es die Behörde in ihrer Hand,

5) Frankf.Komm., § 51 Tz. 50 führt als Beispiel an: In einem auf Aufhebung eines Kartellvertrages gerichteten Verfahren zieht die Kartellbehörde ein Unternehmen hinzu, das sie irrtümlich für ein Kartellmitglied ansieht.

6) Vgl. oben § 4 (S. 72 einschl. Fn. 49)

diese nach Belieben von der Beteiligung am Verfahren gem. § 51 Abs. 2 Nr. 2 GWB fernzuhalten.

Allerdings richtet sich das Verfahren nicht jeweils gegen alle Partner eines wettbewerbsbeschränkenden Vertrages unabhängig von ihrer Beziehung zur Wettbewerbsbeschränkung. Es ist zu unterscheiden zwischen kollektiver und einzelvertraglicher Wettbewerbsbeschränkung. Bei Kartellverträgen schließen sich die Partner zusammen, weil die Beschränkung des gegenseitigen Wettbewerbs in ihrem übereinstimmenden Interesse liegt⁷⁾. Durch Aufhebung eines Kartellvertrages soll deshalb die von allen Kartellpartnern ausgehende Wettbewerbsbeschränkung verhindert werden. An einem auf Unwirksamklärung eines Kartells gerichteten Verfahren sind folgerichtig alle Partner des Kartellvertrages beteiligt, weil durch ihr Verhalten, nämlich ihr Festhalten an dem Kartellvertrag, das beanstandete Kartell zusammengehalten wird. Entsprechendes gilt für einen Kartellbeschuß: Da auch hier sich die einzelnen Kartellmitglieder zu einem unzulässigen Verhalten verpflichtet haben, greift die Entscheidung der Kartellbehörde zielgerichtet in die Rechtsposition der Kartellmitglieder ein⁸⁾. Auf die Rechtsform des Kartells kommt es dabei nicht an. In Verfahren, die die Unwirksamklärung eines bereits wirksamen Kartells zum Gegenstand haben, ist auch das Kartell als solches beteiligt⁹⁾. Dabei ist unerheblich¹⁰⁾, ob die

7) BGH NJW 1960 S. 146; Frankf.Komm., § 1 Tz. 8 ff; § 15 Tz. 5; Schwartz, GemK § 18 Anm. 6

8) KG, WuK/E OLG 469 ("Fensterglas III"); Junge, GemK § 51 Anm. 9; Frankf.Komm., § 51 Tz. 52, 50

9) Junge, GemK aaO; Frankf.Komm. aaO Tz. 50, 52

10) Anderer Ansicht offensichtlich KG aaO, das die Beteiligung eines Rabattkartells am Widerspruchsverfahren mit der Begründung ablehnt, ein Rabattbeschuß sei nicht durch das Kartell, sondern durch die Mitglieder anzumelden. - Stichhaltig wäre allein das Argument, daß ein wirksames Kartell vor Fristablauf noch nicht vorhanden ist.

Mitwirkung des Kartells bei seiner Entstehung erforderlich war oder nicht. Da sich die Richtung des Verfahrens nach der Zielrichtung der Verfügung bestimmt, ist allein entscheidend, daß die Aufhebung eines Kartells angestrebt wird. Der Konsequenz, auch das Kartell als solches am Verfahren gem. § 51 Abs. 2 Nr. 2 GWB zu beteiligen, stehen keine Bedenken entgegen, zumal die Regelung der Beteiligtenfähigkeit auf die bei Kartellen meist¹¹⁾ nicht vorhandene Rechtsfähigkeit verzichtet (§ 76 GWB)¹²⁾ und § 51 Abs. 2 Nr. 2 GWB die Beteiligtenstellung für Kartelle ausdrücklich vorsieht.

Im Gegensatz zu Kartellmitgliedern fehlt es den Partnern von Einzelverträgen¹³⁾ an einer entsprechenden gemeinsamen Zweckrichtung; der eine Vertragsschließende beschränkt den anderen, zu dem er in einem Austauschverhältnis steht, in dessen Handlungsfreiheit, ohne auf seine eigene zu verzichten. Dadurch wird niemals seine eigene Wettbewerbsfreiheit, wohl aber möglicherweise diejenige seines Partners oder außenstehender Dritter eingeschränkt. Sollen also Einzelverträge aufgehoben werden, richtet sich das Kartellverfahren nur gegen dasjenige Unternehmen, das nach der Konzeption des GWB als das stärkere angesehen wird und dem durch die Verfügung der Vertrag als das Instrument seiner wettbewerbsbeschränkenden Tätigkeit entzogen werden soll.

Keine Schwierigkeiten gibt es bei Mißbrauchsverfahren. Sie richten sich jeweils gegen die Urheber des Mißbrauchs. Bei Kartellmißbrauch sind nur diejenigen angesprochen, deren Verhalten zum Einschreiten Anlaß gibt und die durch die Verfügung zur Unterlassung angehalten werden sollen. Das können einzelne Kartellmitglieder sein, aber auch das Kartell in seiner Gesamtheit.

11) Vgl. die Statistik bei Benisch, DB 1961 S. 1121

12) Vgl. oben § 3 (S. 39 f)

13) Zum folgenden vgl. Schwartz, GemK § 18 Anm. 6; Frankf.Komm., § 15 Anm. 15.

Dagegen können sich Erlaubnisverfahren nicht gegen jemanden richten. Sie zielen ausschließlich auf eine Begünstigung des Antragstellers ab. Negative Auswirkungen auf Dritte können zwar recht intensiv sein, sie ergeben sich aber nicht aus der Zielsetzung, die der Erlaubnisverfügung innewohnt¹⁴⁾.

§ 7. Voraussetzungen der Beteiligtenstellung nach
§ 51 Abs. 2 Nr. 3 GWB

Indem § 51 Abs. 2 Nr. 3 GWB Unternehmen, die von bestimmten einzelnen Verfahren "betroffen" werden, die Beteiligtenstellung zuspricht, wird der enge Kreis der automatisch nach § 51 Abs. 2 Nr. 2 GWB am Verfahren Beteiligten um die genannten Unternehmen erweitert. Der Gesetzgeber hält die der Kartellbehörde in den Verfahren nach §§ 14, 19, 105 GWB eingeräumten Eingriffsmöglichkeiten in private Vermögensinteressen¹⁾ für derart weitgehend, daß ihm die Beschränkung der Betroffenen auf die Beiladung als nicht ausreichend und ein Verzicht auf die einengenden Voraussetzungen des § 51 Abs. 2 Nr. 2 GWB geboten erscheinen mußte.

Der Begriff "betroffen" besagt im allgemeinen Sprachgebrauch eigentlich nicht mehr, als daß jemand auf irgendeine Weise, insbesondere in der Tendenz nachteilig, von irgendetwas berührt oder in Anspruch genommen ist. Aus dem Zusammenhang mit den Voraussetzungen der anderen Vorschriften über die Beteiligtenstellung und dem schon erwähnten Sinn des § 51 Abs. 2 Nr. 3 GWB ergibt sich aber, daß dieses Merkmal einer engeren Interpretation bedarf, als es der Wortlaut gebietet. Das Betroffensein darf nicht weniger voraussetzen als die Berührung erheblicher Interessen, denn diese dienen lediglich zur Bestimmung des für die kartellbehördliche Beiladungsentscheidung maß-

14) Zur Beteiligung an den einzelnen Verfahren vgl. Frankf.Komm., § 51 Tz. 51 ff

1) Müller-Gries (1.Aufl.), § 51 Anm. 5 heben das hervor.

geblichen Personenkreises und bilden somit eine untere Grenze derer, die für eine Verfahrensbeteiligung in Betracht kommen. Einbezogen werden dürfen und müssen jedoch diejenigen, denen gegenüber die Kartellbehörde die Eingriffsmöglichkeiten besitzt, die den Gesetzgeber zur Erweiterung des Beteiligtenkreises veranlassen.

In den Verfahren nach §§ 14, 19 und 105 GWB handelt es sich sämtlich um Erlaubnisverfahren, die übereinstimmend die Gestaltung von Vertragsbeziehungen zum Gegenstand haben. Da die Vertragsgestaltung im Rahmen eines Erlaubnisverfahrens stattfindet, zielt die kartellbehördliche Entscheidung lediglich auf eine Begünstigung des Antragstellers, nicht aber auf einen gegen Veranlasser gerichteten Eingriff ab. Gleichwohl kann die Entscheidung für beide Vertragsbeteiligte die faktische Wirkung eines schwerwiegenden Eingriffs mit sich führen. Daß das Betroffensein der Vertragsbeteiligten im Vordergrund steht, kommt auch darin zum Ausdruck, daß in den materiellen Bestimmungen jeweils die Abwägung zwischen den Interessen aller Vertragsbeteiligten vorgeschrieben ist.

Aus alledem ist zu schließen, daß mit den betroffenen Unternehmen diejenigen gemeint sind, die an dem der behördlichen Gestaltung unterliegenden Verträge beteiligt sind. Auszuscheiden von den nach § 51 Abs. 2 Nr. 3 GWB betroffenen Unternehmen sind nur die bereits gem. § 51 Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 2 GWB Beteiligten.

Danach lassen sich die betroffenen Unternehmen in den Verfahren nach §§ 14, 19 und 105 GWB im einzelnen zusammenstellen²⁾. Im Verfahren nach § 14 GWB prüft die Kartellbehörde, ob sie einem Kartell der §§ 2 bis 8 GWB auf dessen Antrag die im Kartellvertrag vereinbarte und durch § 14 GWB generell verbotene Verwertung von Sicherheiten erlauben soll. Von diesem Verfahren betroffen ist neben dem Kartell auch derjenige.

2) Ähnlich Frankf.Komm., § 51 Tz. 71 ff

in dessen vertragliche Beziehungen zum Kartell eingegriffen wird. Seine Belastung besteht in der mit der Erlaubnis verbundenen Vergrößerung der Rechtsmacht für das Kartell gegenüber ihm als einem Kartellmitglied, dessen vertragliche Sicherheiten nun zur Durchsetzung des "inneren Organisationszwangs"³⁾ verwertet werden können. Da für das Kartell als Antragsteller bereits § 51 Abs. 2 Nr. 1 GWB zutrifft, ist allein das Kartellmitglied, dessen Sicherheiten verwertet werden sollen, im Sinne des § 51 Abs. 2 Nr. 3 GWB vom Verfahren betroffen. Dritte, die mit ihrem Vermögen möglicherweise für die Sicherungsverpflichtungen des Kartellmitglieds einstehen müssen⁴⁾, sieht das Gesetz nicht als betroffen an⁵⁾, wie sich aus § 14 Abs. 1 Satz 2 GWB ergibt. Dort wird allein die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Vertragspartners und die Vermeidung einer ungerechtfertigt unterschiedlichen Behandlung im Verhältnis zu den übrigen Beteiligten vorgeschrieben.

Nach § 19 Abs. 2 GWB leitet die Kartellbehörde im Rahmen der Verfahren gem. §§ 17, 18, 22 Abs. 4 GWB auf Antrag Nebenverfahren ein, in welchen sie prüft, ob sie die Gültigkeit der übrigen, von der Unwirksamserklärung nach §§ 17, 18, 22 Abs. 4 GWB nicht berührten vertraglichen Vereinbarungen anzuordnen hat, deren Wirksamkeit andernfalls durch die allgemeinen Vorschriften in Frage gestellt wäre. Indem die Kartellbehörde die Anwendung des § 139 BGB⁶⁾ oder die Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage⁷⁾ für die angesichts der bestehenden Bindung

3) Vgl. z.B. Dörinkel, GemK § 14 Anm. 2 und 3

4) Z.B. Bürgen, Treuhänder

5) Im Ergebnis übereinstimmend: Frankf.Komm. aaO Rz.71

6) Baumbach-Hefermehl, § 19 GWB Anm. 1; vgl. auch Bericht des BT-Ausschusses für Wirtschaftspolitik, zu § 14 (abgedruckt in GemK 1. Aufl. S. 1186) entgegen der Konzeption des Regierungsentwurfs (vgl. Begründung zu § 14 Ziff. 2, abgedruckt in GemK 1. Aufl. S. 1088). Einschränkung Schwartz, GemK § 19 Anm. 3 ff; ders. WuW 1961 S. 483.

7) Biedenkopf, BB 1961 S. 462

eingegangenen weiteren vertraglichen Bindungen ausschließen kann, entscheidet sie darüber, ob, und beziehendenfalls, welche der vertraglichen Beziehungen zwischen bindenden beziehungsweise marktbeherrschenden Unternehmen und dem Gebundenen des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses bestehen bleiben. Die Kartellbehörde greift deshalb naturgemäß in die Rechte der Vertragspartner ein. Materiell wird dieser Tatsache Rechnung getragen, indem das Gesetz eine Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien vorschreibt. Als Betroffene sind jedoch nur die gebundenen Unternehmen am Verfahren nach § 19 Abs. 2 GWB beteiligt⁸⁾, weil die preis- und vertriebsbindenden sowie die marktbeherrschenden Unternehmen bereits am Hauptverfahren nach § 51 Abs. 2 Nr. 2 GWB und deswegen notwendig⁹⁾ auch am Nebenverfahren beteiligt sind.

Das Bundeskartellamt¹⁰⁾ hat in einem Verfahren, in welchem es eine Preisbindung untersagt und gemäß § 19 Abs. 2 GWB das Vertriebssystem aufrechterhalten hatte, davon abgesehen, die Wiederverkäufer als Beteiligte zum Verfahren zuzuziehen und die Verwaltungsentscheidung an sie zuzustellen. Im Zusammenhang mit der Auseinandersetzung, die dieser Entscheidung gilt, haben Schwartz¹¹⁾ und Biedenkopf¹²⁾ darauf aufmerksam gemacht, daß die Verfahrensbeteiligung sämtlicher gebundenen Unternehmen zu Schwierigkeiten führen kann, wenn ein ganzes System von Bindungen aufrechterhalten werden soll; die verfahrensmäßige Beteiligung sämtlicher Preis- oder Vertriebsgebundenen könne dann nicht praktiziert werden¹³⁾. - Die Erwartung, daß es

8) aber auch nur, soweit für sie nicht § 51 Abs. 2 Nr. 1 GWB bereits zutrifft.

9) Vgl. unten S. 241 f.

10) WuW/E BKartA 355 ("53 cm-Fernsehgeräte")

11) Schwartz, GemK § 19 Anm. 11; WuW 1961 S. 483

12) Biedenkopf, BB 1961 S. 462

13) Schwartz, GemK aaO Anm. 4, 11 sieht darin eine Bestätigung seiner Ansicht, daß Gültigkeitsanordnungen bei Massenverträgen nicht notwendig seien, da § 139 BGB in diesen Fällen nicht eingreife. - Inwieweit materiell eine Gültigkeitsanordnung erforderlich ist, kann hier nicht untersucht werden.

bei Bindungssystemen zu verfahrensrechtlicher Unpraktikabilität kommt, ist vom Gesetzgeber offensichtlich nicht bewußt geteilt worden. Solange das Gesetz hier keine Änderung schafft, liegt aber kein Grund vor, im Verfahren nach § 19 Abs. 2 GWB irgendeinem gebundenen Unternehmen die Geltendmachung seiner Beteiligtenrechte zu versagen. Die insoweit offensichtliche mangelhafte verfahrensmäßige Zweckregelung ändert nichts an dem Grundsatz, daß sämtliche der kartellbehördlichen Vertragsgestaltung unterliegenden gebundenen Unternehmen am Verfahren zu beteiligen sind¹⁴⁾.

-
- 14) Für die übrigen Verfahren gilt folgendes: Im Verfahren nach § 19 Abs. 3 GWB beantragt der aus der Preisbindung oder einer sonstigen Beschränkung Berechtigte eine Erlaubnis zur Ausübung von vertraglichen Rechten (z.B. Rücktritts- und Kündigungsrechte), die im Zusammenhang mit den nach §§ 17, 18, 22 Abs. 4 GWB aufgehobenen Bindungen stehen. Diejenigen Vertragsgebundenen, denen gegenüber das in Frage stehende Recht ausgeübt werden soll, sind von der Erlaubnisentscheidung im Sinne des § 51 Abs. 2 Nr. 3 GWB betroffen und dementsprechend am Verfahren des § 19 Abs. 3 GWB beteiligt (vgl. dazu im übrigen die Ausführungen zum Verfahren gem. § 19 Abs. 2 - oben S. 109 f). Für die Ermittlung der im Falle des § 105 Satz 1 GWB betroffenen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen hat nur die Verweisung auf § 14 GWB Bedeutung. Das heißt, daß an dem Verfahren, in welchem die Erlaubnis zur Verwertung von Sicherheiten für Unternehmungen der in den §§ 99 Abs. 2, 100, 102 und 103 GWB genannten Art gegenüber deren Sicherungsgebern angestrebt wird, auch die Sicherungsgeber gem. § 51 Abs. 2 Nr. 3 GWB beteiligt sind (vgl. dazu im übrigen die Ausführungen zum Verfahren nach § 14 GWB - oben S. 108). An dem Verfahren, welches die Erlaubnis zur Kündigung gem. § 105 Satz 2, 103 Abs. 1 GWB zum Gegenstand hat, ist derjenige Vertragsteil gem. § 51 Abs. 2 Nr. 3 GWB beteiligt, dem gekündigt werden soll (der kündigende Vertragsteil ist Beteiligter kraft Antragstellung gem. § 51 Abs. 2 Nr. 1 GWB).

§ 8. Die Voraussetzungen der Beteiligtenstellung
durch Beiladung, § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB

I. Die formellen Voraussetzungen der Beiladung

Personen und Personenvereinigungen, die ihre Beiladung beantragt haben und nach der Ansicht der Kartellbehörde die sachlichen Voraussetzungen des § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB erfüllen, erwerben durch einen Beiladungsbescheid die Rechte des Beteiligten am Kartellverfahren. Der Antrag als das Begehren des Beiladungsanwärters¹⁾ und der Beiladungsbescheid, mit dem die Kartellbehörde die Beiladung ausspricht, stellen die formellen Voraussetzungen der Beteiligtenstellung durch Beiladung dar.

Der Beiladungsbescheid betrifft die Zuziehung des Beiladungsanwärters zu einem bereits anhängigen Kartellverfahren, dem sogenannten Verfahren in der Hauptsache (Hauptverfahren). Nur im Hinblick auf dieses Hauptverfahren ist eine Beiladung möglich. Da der Beiladungsbescheid die Rechtsstellung eines Verfahrensbeteiligten gewährt, stellt er einen Verwaltungsakt²⁾ im Sinne einer kartellbehördlichen Verfügung dar³⁾.

Als Verfügung im Sinne der §§ 51 ff GWB kann der Beiladungsbescheid nur im Rahmen eines förmlichen Verfahrens ergehen. Seine Vorbereitung bedarf einer eigenständigen, den §§ 51 ff GWB unterliegenden verfahrensmäßigen Behandlung. Das bedeutet vor allem, daß es auch Beteiligte am Beiladungsverfahren⁴⁾ gibt,

- 1) Für den Antrag des Beiladungsanwärters gilt das unter § 5 Gesagte.
- 2) Die Begründung einer formellen Rechtsstellung reicht zur Kennzeichnung als Verwaltungsakt aus; vgl. Wolff, Lehrbuch, I § 47 VIII.
- 3) BKartA, WuW/E BKartA 53 ("Konsumgenossenschaften"); Baumbach-Hefermehl, § 51 GWB Anm. 1; Schöne aaO; Zweigert, GemK (1. Aufl.), § 62 Anm. 25
- 4) Vgl. dazu im einzelnen unten

die vor der Entscheidung über den Beiladungsantrag ihre Mitwirkungsrechte geltend machen dürfen⁵⁾. - Soweit eine eigenständige verfahrensmäßige Behandlung des Beiladungsbescheids geboten ist, kann man sich das Verfahren, das den Beiladungsbescheid zum Gegenstand hat, als vom Hauptverfahren verschiedenes Nebenverfahren vorstellen, wobei aber wegen der inhaltlichen Abhängigkeit der Beiladung von der Hauptsache auch die verfahrensmäßige Abhängigkeit des Beiladungsverfahrens vom Hauptverfahren zu folgern ist, die sogenannte Akzessorietät des Beiladungsverfahrens⁶⁾⁷⁾.

Wenn jemand durch einen Beiladungsbescheid am Kartellverfahren beteiligt wird oder wenn die Kartellbehörde den Antrag eines Beiladungsanwärters ablehnt, besteht für die übrigen Verfahrensbeteiligten und für den Beiladungsanwärter das Bedürfnis, den Bescheid

- 5) Frankf.Komm. § 51 Tz. 87 mit besonderem Nachdruck auf die Geltendmachung rechtlichen Gehörs.
- 6) Vgl. Schöne, WRP 1960 S. 262.
- 7) Zuständig für den Erlass des Beiladungsbescheides ist - entsprechend der Akzessorietät von Beiladung und Hauptsache - diejenige Kartellbehörde, bei der das Hauptverfahren anhängig ist. Dagegen können Gerichte keine Beiladung in Kartellverwaltungssachen aussprechen (Junge, GemK § 51 Anm. 10; Zweigert, GemK § 62 Anm. 27; Frankf.Komm. § 51 Tz. 92; Starck, BB 1960 S. 466; Buschmann, DB 1962 S. 229). Sie können lediglich durch entsprechende Verurteilung der Kartellbehörden auf die Beiladung Dritter Einfluß nehmen.
Als echte "Entscheidung" im Sinne des § 48 GWB kann die Beiladung zu Verfahren vor dem Bundeskartellamt nur durch Kollegialbeschuß (§ 48 Abs. 3 GWB), bei Verfahren vor den Landeskartellbehörden allerdings durch Einzelverfügung ergehen. Bezüglich der Form gilt der in § 57 Abs. 1 GWB allgemein für Verfügungen vorgeschriebene Begründungs- und Zustellungszwang. (BKartA, WuW/E BKartA 53 ("Konsumgenossenschaften"); Frankf.Komm. aaO Tz. 8 weist darauf hin, daß Begründungs- und Zustellungszwang in Gesetzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit ausdrücklich vorgeschrieben ist, z.B. § 65 VwGO. Dieser Grundsatz beanspruche im Kartellverfahren deshalb besondere Geltung, weil der Beiladungsbescheid anfechtbar sei.)

anzufechten. Die Anfechtung erscheint deshalb problematisch, weil sich der Bescheid einerseits als kartellbehördliche Verfügung darstellt, andererseits seine Existenz aber nur im Rahmen und im inneren Zusammenhang mit der Vorbereitung der Hauptsache im Hauptverfahren zu verstehen ist. Als Verfügung muß der Beiladungsbescheid anfechtbar sein. Ob er aber selbständig oder lediglich im Zusammenhang mit der Hauptverfügung mit Rechtsmitteln angegriffen werden kann, bedarf einer näheren Untersuchung.

Im Zivilprozeß sind Urteile, die als sogenannte Zwischenurteile das Endurteil vorbereiten und entlasten, aber noch nicht den eigentlichen Streitgegenstand berühren, nicht selbständig, sondern nur im Zusammenhang mit dem Endurteil anfechtbar, §§ 512, 548 ZPO⁸⁾. Auch der Verwaltungsgerichtsprozeß kennt den Begriff des Zwischenurteils⁹⁾; er umfaßt hier jedoch nicht den verwaltungsgerichtlichen Beiladungsbeschuß. Bezüglich der Anfechtbarkeit der verwaltungsgerichtlichen Beiladung trifft § 65 VwGO eine spezielle Regelung. Danach ist wohl der Beiladungsbeschuß wie der Beschuß, der die Aufhebung der Beiladung ablehnt, unanfechtbar (§ 65 Abs. 3 VwGO). Dagegen ist Beschwerde eröffnet gegen einen den Beiladungsantrag ablehnenden oder die Beiladung aufhebenden Beschuß¹⁰⁾. - Bevor die entsprechende Anwendung der prozessualen Grundsätze in Betracht gezogen werden kann, ist zu prüfen, ob die verfahrensrechtliche Regelung des GWB selbst überhaupt eine Lücke hinterläßt, die einer Ausfüllung durch Grundsätze aus verwandten Rechtsgebieten bedarf.

8) soweit sie überhaupt anfechtbar sind oder ihre selbständige Anfechtbarkeit nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist; vgl. Rosenberg, §§ 55 III, 135 I 2.

9) Siehe §§ 109, 111, 124 VwGO. § 124 VwGO schreibt die selbständige Anfechtbarkeit der Zwischenurteile nach §§ 109, 111 VwGO vor.

10) OVG Münster in OVG 4, 42; Eyermann-Fröhler, § 65 Anm. 56.

Der Beiladungsbescheid wurde bereits als kartellbehördliche Verfügung gekennzeichnet. Das GWB läßt gegen Verfügungen der Kartellbehörden schlechthin die selbständige Beschwerde zu (§ 62 GWB). Einschränkungen dahin, daß es sich dabei um Entscheidungen in der Hauptsache handeln muß, sind auch nicht aus dem Zusammenhang der verfahrensrechtlichen Regelung ersichtlich.

Gleichwohl wäre die selbständige Anfechtbarkeit des Beiladungsbescheides dann abzulehnen, wenn man diejenigen, die sich gegen einen die Beiladung aussprechenden oder die Beiladung ablehnenden Bescheid zur Wehr setzen, generell nicht als beschwert ansehen kann. Wie allgemein im Prozeßrecht¹¹⁾, ist nämlich auch im Bereich des Kartellverwaltungsrechts¹²⁾ die Zulässigkeit von Rechtsmitteln von einer Beschwer abhängig zu machen¹³⁾.

Derjenige, dessen Antrag auf Beiladung abgelehnt wird, ist dadurch beschwert, daß ihm durch den ablehnenden Bescheid Verfahrensrechte vorenthalten werden, auf die er kraft gesetzlicher Vorschrift ein Recht zu haben behauptet. Aber auch dann, wenn die Kartellbehörde eine Beiladung ausspricht, gibt es Beschwerte. In Praxis¹⁴⁾ und Literatur¹⁵⁾ wird mit besonderem Nachdruck darauf verwiesen, daß die Vornahme der Beiladung für die bereits am Verfahren Beteiligten einen in gleicher Weise wie die Ablehnung der Beiladung für den Beiladungsanwärter einschneidenden Eingriff darstellen kann. Im Kartellverfahren erhält der Beigeladene volle Mitwirkungsrechte, mit denen er den Gang des Verfahrens entscheidend zu beeinflussen vermag. So kann er etwa durch Verzögerung des Verfahrens einen

11) Baumbach-Lauterbach, § 274 Anm. 1 B; Forsthoff, Lehrb. § 28, 1 (8. Aufl. S. 495); Eyermann-Fröhler § 81 Vorb. 4.

12) BKartA, WuW/E BKartA 53 (54) ("Konsumgenossenschaften"); Kull, JZ 1961 S. 682; Junge, GemK § 51 Anm. 16.

13) Eine Ausnahme besteht nur bezüglich der vom Bundeskartellamt eingelegten Rechtsmittel, vgl. oben S. 65 Fn. 22.

14) BKartA aaO

15) Zweigert, GemK § 62 Anm. 27; Frankf.Komm., § 51 Tz. 93; Schöne, WRP 1960 S. 261; Kull, JZ 1961 S. 682.

anderen Beteiligten Nachteile zufügen, die möglicherweise auch nicht mehr durch Anfechtung der Hauptentscheidung zu beseitigen sind. Da der Beigeladene sowohl selbst Beschwerde einlegen kann als auch an solchen Beschwerdeverfahren, die er nicht beschwerdeführend veranlaßt hat, beteiligt ist, kann er auch im Beschwerdeverfahren seine Informationsinteressen weiter verfolgen. Im Kartellverfahren wie im Beschwerdeverfahren muß damit gerechnet werden, daß der Beigeladene alle ihm zustehenden verfahrensrechtlichen Befugnisse entgegen den Bestrebungen anderer Verfahrensbeteiligter ausnutzen wird. Aus dem Gesichtspunkt der mangelnden Beschwer kann somit eine Einschränkung der selbständigen Anfechtbarkeit des Beiladungsbescheides nicht hergeleitet werden.

Die selbständige Anfechtbarkeit der die Beiladung ablehnenden Verfügung läßt sich auch auf Art. 19 Abs. 4 GG stützen¹⁶⁾. Denn da der Beiladungsanwärter nicht die Verfahrensbeteiligung erhält, zugleich aber als Unbeteiligter nicht zur beschwerdemäßigen Anfechtung der Hauptverfügung legitimiert ist¹⁷⁾, kann er die Verweigerung nicht zugleich mit der Hauptverfügung überprüfen lassen. Er stünde dieser obrigkeitlichen Maßnahme ohne jeglichen Rechtsschutz gegenüber.

Der Beiladungsbescheid ist somit selbständig anfechtbar. Für eine entsprechende Anwendung der prozessualen Grundsätze bleibt kein Raum.

Die beschwerdemäßige Anfechtung der Beiladungsentscheidung hat zur Folge, daß die Beiladungssache vom Kartellverfahren in der Hauptsache getrennt und gesondert beim Beschwerdegericht anhängig wird¹⁸⁾. Der Grundsatz der Akzessorietät von Beiladungs- und Hauptverfahren gilt dabei ausnahmsweise nicht.

16) So auch Schöne, WRP 1960 S. 262 1. Sp.

17) § 62 Abs. 2 GWB. Im einzelnen vgl. unten § 12 I 1 (S. 213).

18) Schöne aaO S. 262 r. Sp.

Die Bejahung der Anfechtbarkeit des Beiladungsbescheides bedeutet nur seine Beschwerdefähigkeit; dagegen ist der Bescheid nicht geeignet, dem Bundesgerichtshof im Wege der Rechtsbeschwerde zur selbständigen Überprüfung vorgelegt zu werden. Gem. § 73 Abs. 1 GWB ist die Rechtsbeschwerde auf Beschlüsse in der Hauptsache beschränkt. Der Bundesgerichtshof¹⁹⁾ hat selbst in einem Beschluß die Rechtsbeschwerde gegen einen Beiladungsbeschluß des Kammergerichts²⁰⁾ als unzulässig verworfen, da er zu solchen Beschlüssen gehöre, "die sich in der Entscheidung über Neben- und Zwischenfragen erschöpfen, ohne das Verfahren über das eigentliche Streitverhältnis ganz oder teilweise zum Abschluß zu bringen, und die infolgedessen ihren Sinn erst durch die Blickrichtung auf diese Entscheidung und von dieser Entscheidung her gewinnen." - Eine Überprüfung von Entscheidungen über einen Beiladungsantrag durch den Bundesgerichtshof kann somit nicht selbständig, sondern nur im Zusammenhang mit der Überprüfung der Entscheidung in der Hauptsache herbeigeführt werden.

Schließlich bleibt noch zu untersuchen, welche Einwirkung von der Anfechtung eines positiven oder negativen Beiladungsbescheides auf die Rechtsstellung des Beigeladenen und auf den Fortgang des Hauptverfahrens ausgeht. Ficht ein Beteiligter die Beiladung eines Dritten durch Beschwerde an, fragt es sich, wann der Beigeladene die Beteiligtenrechte erhält und ob die Beschwerdeeinlegung den Erwerb der Beteiligtenstellung aufschiebend hindert. Eine ähnliche Problematik ist mit dem umgekehrten Fall verbunden: Bei der Anfechtung eines ablehnenden Beiladungsbescheides durch den Beiladungsanwärter wird entweder der Fortgang des weiteren Verfahrens blockiert, oder aber das Verfahren läuft ungehindert weiter.

19) WuW/E BGH 415 ("IG-Lergbau")

20) WuW/E OLG 346 ("Steinzeug"); das KG hatte die Rechtsbeschwerde zugelassen.

Zwei Interessengruppen stehen sich bei der Anfechtung der Beiladungsentscheidung gegenüber. Es kollidiert das Interesse der Gesamtheit der bereits Beteiligten an einem zügigen Ablauf des Verfahrens in der Hauptsache und der Verhinderung unnötiger Verzögerungen mit dem Rechtsschutzinteresse der Beteiligungsanwärter. Das GWB gibt offensichtlich dem Interesse der Gesamtheit der Verfahrensbeteiligten an der Verfahrensbeschleunigung den Vorrang, indem es grundsätzlich der Anfechtung keine aufschiebende Wirkung beimißt und die Anfechtung der Beiladungsentscheidung in der Aufzählung der Ausnahmefälle in § 63 GWB nicht erwähnt. Das Bundeskartellamt²¹⁾ hat - ausgehend von § 63 Abs. 1 GWB - in einem Fall, in welchem sich der Beiladungsanwärter auf die aufschiebende Wirkung seiner gegen die Ablehnung des Beiladungsantrages eingelegten Beschwerde berufen hatte, das formale Recht des Beiladungsanwärters, am Verfahren beteiligt zu sein, nicht als so schwerwiegend bezeichnet, als daß es die Rechte der übrigen Beteiligten auf eine schnelle Entscheidung hemmen könnte. Die Entscheidung stützt sich dabei zugleich auf das Bundesverfassungsgericht²²⁾ das den Rechtsfrieden und die Rechtssicherheit als zentrale Begriffe des Rechtsstaates hervorgehoben und zugleich die Konsequenz gezogen hat, "daß um ihretwillen die Möglichkeit einer im Einzelfall vielleicht unrichtigen Entscheidung in Kauf genommen werden muß. Wegen dieser in § 63 Abs. 1 GWB zum Ausdruck kommenden gesetzlichen Interessenbewertung wird überwiegend²³⁾

21) WuW/E BKartA 31 (33) ("Tapeten")

22) BVerfGE 2 S. 403

23) Die genannte Entscheidung wird bestätigt durch BKartA, WuW/E BKartA 104 ("Kalisyndikat"); dort hatte das BKartA in einem Verfahren, das eine Kartellerlaubnis betraf, die Beiladung der IG-Bergbau abgelehnt; die Gewerkschaft legte gegen die Ablehnung Beschwerde ein. Obwohl das Beiladungsverfahren nunmehr in der Rechtsmittelinstanz anhängig wurde, traf das BKartA die Entscheidung in der Hauptsache. - Übereinstimmend ferner: Starck, BB 1960 S. 468 (1.Sp.); Schöne, WRP 1960 S. 336 (r.Sp.); Sprenkmann, GRUR 1960 S. 526; Frankf.Komm., § 51 Tz. 94, 95; Junge, GemK § 51 Anm. 16. Im Gegensatz zur Voraufgabe nun auch Zweigert, GemK § 62 Anm. 29.

die Ansicht vertreten, daß die Anfechtung des positiven Beiladungsbescheides den sofortigen Erwerb der Beteiligtenrechte für den Beigeladenen nicht verhindert. Der Beigeladene verliert danach erst dann seine Beteiligtenstellung, wenn der Beiladungsbescheid durch das Beschwerdegericht aufgehoben wird. Folgerichtig sind auch die bis dahin vom Beigeladenen vorgenommenen Verfahrenshandlungen als wirksam anzusehen. Sie bleiben es auch nach der Aufhebung seiner Beteiligtenstellung; mit dieser werden lediglich weitere Verfahrenshandlungen unzulässig²⁴⁾.

Nach denselben Grundsätzen wird der umgekehrte Fall beurteilt. Der Anfechtung eines ablehnenden Beiladungsbescheides mißt man keine aufschiebende Wirkung bei; das bedeutet, die Kartellbehörde ist nicht an einer Entscheidung in der Hauptsache gehindert, wenn der abgewiesene Beiladungsanwärter Beschwerde einlegt. Das Interesse des Beiladungsanwärters an der Verfahrensbeteiligung steht hinter dem Interesse an einer beschleunigten Abwicklung des Verfahrens insoweit zurück. Eine vorläufige Zuziehung zum Verfahren wie diejenige des Nebenintervenienten im Zivilprozeß (§ 71 Abs. 3 ZPO) kennt das GWB nicht²⁵⁾.

Die hier vorgenommene Wertung des Interessenkonfliktes ist, abgesehen von der Tatsache, daß allein diese Ansicht eine Stütze im Gesetz findet²⁶⁾, auch deswegen geboten, weil sie flexibel genug ist, in ausnahmsweise auftretenden Härtefällen einen Interessenausgleich herbeizuführen²⁷⁾. Drohen etwa einem

24) Auf die ähnliche Situation bei der Aufhebung der Zulassung des Nebenintervenienten im Zivilprozeß verweist Frankf.Komm., § 51 Tz. 95. Im Streitverfahren gibt es diesen Fall wegen der Unanfechtbarkeit der positiven Beiladungsentscheidung nicht.

25) Frankf.Komm., § 51 Tz. 96.

26) Die von Zweigert, GemK § 62 Anm. 22 vorgenommene Herleitung einer aufschiebenden Wirkung aus dem Wesen der Beschwerde richtet sich gegen den Gesetzeswortlaut und ist schon deshalb abzulehnen. Vgl. aber auch Zweigert, GemK § 62 Anm. 29.

27) Vgl. auch Frankf.Komm., § 51 Tz. 94.

einzelnen Verfahrensbeteiligten durch die Beiladung eines Dritten erhebliche und nicht zu behebende Nachteile beispielsweise dadurch, daß die Gefahr der Weiterverbreitung geheimhaltungsbedürftigen Tatsachenmaterials heraufbeschworen wird, kann die Kartellbehörde zur Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung über die Anfechtung der Beiladung nach pflichtgemäßem Ermessen berechtigt und verpflichtet sein. Das gleiche gilt für den Fall, daß die Interessen des Beiladungsanwärters an seiner Verfahrensteilnahme, etwa weil seine wirtschaftliche Existenz vom Ausgang des Verfahrens abhängt, gegenüber den Verfahrensinteressen der Hauptbeteiligten so vorrangig erscheinen, daß eine unverzügliche Fortsetzung des Verfahrens in der Hauptsache diesem gegenüber nicht vertretbar wäre; in einem solchen Fall hat die Kartellbehörde die Aussetzung des Hauptverfahrens anzuordnen, bis geklärt ist, ob die Beiladung zu Recht abgelehnt wurde.

II. Die sachlichen Voraussetzungen der Beiladung

1. Die Maßgeblichkeit der sachlichen Voraussetzungen

Die Kartellbehörde zieht gem. § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB solche Personen und Personenvereinigungen durch eine Beiladungsverfügung zum Kartellverfahren hinzu, deren Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden. Bevor die vom Gesetz sachlich vorausgesetzte erhebliche Interessenberührung im einzelnen näher umschrieben wird, bedarf es zunächst einer rechtlichen Bestimmung der Maßgeblichkeit dieser Voraussetzungen für die entscheidende Behörde. Denn wenn festgestellt wird, daß eine Auflockerung der Bindung der Kartellbehörde an den gesetzlichen Tatbestand oder die Rechtsfolgeanordnung des § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB vorliegt²⁸⁾, kann das nicht ohne Einfluß auf die Bestim-

28) - eine Problematik, die im Verwaltungsrecht mit den Stichworten "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" umschrieben wird.

mung der sachlichen Voraussetzungen der Beiladung sein. Ist die Kartellbehörde bei Vorliegen einer erheblichen Interessenberührung zum Ausspruch der Beiladung gezwungen, so ist eine strengere Auslegung der Begriffe "erheblich" und "Interessenberührung" geboten als für den Fall, daß die Beiladung ihrem pflichtgemäßen Ermessen überlassen ist.

Da es sich bei der Entscheidung über die Beiladung um einen Verwaltungsakt handelt, sind der Untersuchung unbestimmter Rechtsbegriffe und des Ermessens die in der Verwaltungsrechtslehre und -praxis überwiegend angewandten Kriterien zugrunde zu legen. Das Wesen des Verwaltungsermessens wird bestimmt durch die Möglichkeit zu wählen²⁹⁾. Verwaltungsermessen gibt der Behörde einen "Spielraum des Handelns und Entschlusses, die Wahl zwischen mehreren, in gleicher Weise möglichen Arten des Sichverhaltens"³⁰⁾, die "Wahl zwischen mehreren Verhaltensweisen"³¹⁾ oder den "Spielraum hinsichtlich der Verwirklichung der Rechtsfolge bei der Rechtsanwendung"³²⁾. Die früher allgemein vorherrschende Meinung³³⁾, von der auch noch die Verfasser des GWB ausgingen³⁴⁾, versteht das Ermessen als Spielraum sowohl bei der Wahl der Rechts-

29) Vgl. die Darstellung der Grundzüge der neueren Ermessenslehre bei Hüttl, DVBl 1965 S. 65.

30) Forsthoff, Lehrb. § 5 (8. Aufl. S. 74)

31) Jesch, AöR Bd. 82 S. 207

32) Menger, System S. 33

33) BVwG DÖV 1954 S. 532 ff; Jellinek, Verwaltungsrecht S. 32; Forsthoff aaO S. 74 ff

34) Vor allem auf der 217. Sitzung des Bundestagsausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht wurde eingehend diskutiert, ob die auf der Tatbestandsseite stehenden Wertbegriffe von der Behörde oder vom Gericht verbindlich ausgelegt und fortgebildet werden sollten. Allerdings war man sich der Kontroverse über den Ermessensbegriff nicht bewußt. - Vgl. Auch Benkendorff, WuW 1958 S. 740 ff; Kull, JZ 1961 S. 683. - Demgegenüber ist Würdinger, WuW 1958 S. 398 der Auffassung, der Gesetzgeber habe unter Erressen lediglich Tatbestandsermessen verstanden.

folge als auch bei der Auslegung des gesetzlichen Tatbestandes. Unter dem Einfluß maßgeblicher Rechtslehrer³⁵⁾ ist diese Ansicht im Laufe der Nachkriegszeit überwunden worden. Unter Ermessen versteht die heute herrschende Meinung³⁶⁾ ausschließlich Rechtsfolge- oder Handlungsermessen (volitives Ermessen). Begrifflich handelt es sich immer dann um eine Ermessensvorschrift, wenn es der Behörde freigestellt ist, zwischen mehreren rechtlich möglichen Rechtsfolgen zu wählen. Dabei läßt sich unterscheiden, ob der Behörde die Entscheidung überlassen ist, zu handeln oder nichts zu tun, oder ob die Behörde die Wahl zwischen mehreren positiven Möglichkeiten des Handelns hat. Wann eine gesetzliche Vorschrift der Behörde Ermessen einräumt, ergibt sich entweder ausdrücklich aus dem Wortlaut der betreffenden Vorschrift³⁷⁾ oder aus dem Sinnzusammenhang und der Art der Maßnahme³⁸⁾. - Auf der Tatbestandsseite der Rechtsnorm dagegen soll es nicht mehrere "richtige" Entscheidungsmöglichkeiten geben. Rechtsbegriffe, auch die nicht exakt meßbaren, die sogenannten unbestimmten Rechtsbegriffe, unterliegen, sofern sie den Tatbestand einer Rechtsnorm bilden³⁹⁾, nicht derart der persönlichen Auffassung des Verwaltungsbeamten, daß seine Beurteilung zu mehreren richtigen Ergebnissen führen kann; es kann insoweit nur eine richtige Entscheidung geben. Allerdings wird zugestanden, daß den Verwaltungsbehörden

35) Bachof, JZ 1955 S. 97 ff; Le, Gedächtnisschrift f. Jellinek S. 309; Menger, System S. 125 ff; Wolff, Verwaltungsrecht I § 31 (S. 140 ff).

36) Neben der in Fn. 31, 32, 35 aufgeführten Rechtslehre vgl. folgende Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts: BVwGE 4, 92; 5, 162 ff = JZ 1958 S. 703 mit Anm. Bachof; 6, 177 = JZ 1958 S. 703 mit Anm. Jesch; 8, 192 (195).

37) etwa durch den Gebrauch des Wortes "Ermessen" oder durch Formulierungen wie "kann", "darf", "soll" usw.

38) Wolff, Lehrb. I § 31 II c

39) Engisch S. 109 weist darauf hin, daß unbestimmte Rechtsbegriffe auch auf der Rechtsfolgeseite vorkommen können.

bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe in einigen Ausnahmefällen ein gewisser Beurteilungsspielraum zusteht, innerhalb dessen Grenzen die verwaltungsbehördliche Entscheidung der gerichtlichen Nachprüfung entzogen ist. Dieser Beurteilungsspielraum ist aber auf die Fälle beschränkt, in denen entgegen der gegen das Vorliegen von Beurteilungsspielraum sprechenden Vermutung⁴⁰⁾ Sinn und Zweck des Gesetzes den Schluß zulassen, daß der Behörde die pflichtgemäße Beurteilung in einem bestimmten kontrollfreien Raum überlassen bleibt⁴¹⁾. - Die begriffliche Trennung von unbestimmtem Rechtsbegriff und Ermessen schließt nicht ihr Nebeneinander in einer gesetzlichen Vorschrift aus; eine Kopplung ist zulässig und weit verbreitet⁴²⁾. Sie stellt den Gesetzesanwender vor das Problem, dem unbestimmten Rechtsbegriff und dem Ermessen bei deren Anwendung die sachgerechten Gesichtspunkte zuzuordnen. Verlangt etwa eine Vorschrift sowohl die Berücksichtigung privater wie öffentlicher Interessen oder deren Abwägung, so muß man sich entscheiden, ob das öffentliche Interesse bereits bei der Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs oder als Gesichtspunkt der pflichtgemäßen Ermessensbestätigung berücksichtigt wird⁴³⁾.

Der Kartellbehörde, die das Vorliegen der erheblichen Interessenberührung festgestellt hat, gibt die in der Entscheidungspraxis⁴⁴⁾ und überwiegend in der Literatur⁴⁵⁾ vertretene Meinung Ermessen hinsichtlich

40) Bachof, JZ 1955 S. 101

41) Vgl. dazu: BVwGE 5, 162; OVG Münster, OVGE 14, 43; OVG Lüneburg, OVGE 13, 456; Bachof aaO.

42) Beispiele bei Loening, DVBl 1952 S. 197 und 235; vgl. auch OVG Münster, DÖV 1963 S. 392.

43) Diese Frage spielt eine Rolle in den Entscheidungen: BFH NJW 1963 S. 174; OVG Berlin DÖV 1959 S. 869; OVG Münster, OVGE 15, 265.

44) KG WuW/E OLG 339 (343) ("IG-Bergbau"); KG WuW/E OLG 392 (393) ("Exportförderung").

45) Starck, BB 1960 S. 465; Schöne, WRP 1960 S. 263; Sprengmann, GRUR 1960 S. 530; Mailänder, WuW 1965 S. 663 Fn. 27; Jessen, DB 1961 S. 1057; Frankf. Komm., § 51 Tz. 86; Junge, GemK § 51 Anm. 15; Langen (4. Aufl.) § 51 Anm. 16.

der Entscheidung, ob sie die Beiladung ausspricht oder nicht. Bei der Tatbestandsauslegung soll es dagegen keinen Beurteilungsspielraum geben. Nur vereinzelt⁴⁶⁾ wird die Kartellbehörde für verpflichtet angesehen, denjenigen, der die sachlichen Voraussetzungen der Beiladung erfüllt, zum Verfahren hinzuzuziehen. Welcher Ansicht zu folgen ist, zeigt sich bei der Auseinandersetzung mit den angeführten Argumenten.

Aus dem Wortlaut des § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB kann ein strikter Rechtsanspruch des Beiladungsanwärters nicht gefolgert werden. Die gesetzliche Formulierung, die die Interessenberührung und den Ausspruch der Beiladung durch die Kartellbehörde als Voraussetzung der Verfahrensbeteiligung kumulativ nebeneinander stellt, läßt diese Frage offen. Zwar heißt es: "An dem Verfahren vor der Kartellbehörde sind beteiligt", und nicht etwa "... können als Beteiligte zugelassen werden"⁴⁷⁾. Die erwähnte Formulierung bezieht sich aber auf die Verfahrensbeteiligung generell, also unter Einschließung der automatischen Verfahrensbeteiligung gem. § 51 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 GWB. Sie deckt auch die Verfahrensbeteiligung durch eine im Ermessen der Kartellbehörde stehende Beiladung, denn beteiligt ist ja ausdrücklich erst derjenige, den die Kartellbehörde nach pflichtgemäßer Ausübung ihres Ermessens durch den Erlass einer Verfügung beigeladen hat. Der Gesetzeswortlaut spräche erst dann gegen eine Ermessensentscheidung, wenn ausgedrückt würde, daß die Kartellbehörde zur Beiladung solcher Personen, die bestimmte tatbestandliche Voraussetzungen erfüllen, verpflichtet ist.

Demgegenüber spricht der Gesetzgeber in der Begründung zum Regierungsentwurf⁴⁸⁾ expressis verbis aus,

46) Müller-Gries (1.Aufl.) § 51 Anm. 7; Langen (3. Aufl.) § 51 IV 3.

47) Müller-Gries (1.Aufl.) § 51 Anm. 7 schließen aus dieser Formulierung auf einen Rechtsanspruch des Beiladungsanwärters.

48) Anm. 3 aE zu § 42 des Regierungsentwurfs, abgedruckt in GemK 1. Aufl. S. 1111. An ein Tatbestandsermessen ist dabei offensichtlich nicht gedacht worden.

daß es im Ermessen der Kartellbehörde stehen soll, ob sie einen Dritten durch die Beiladung als Beteiligten zuläßt. Damit wollte der Gesetzgeber an die gleichfalls als Ermessensvorschriften gehandhabten entsprechenden Regelungen des für das Verfahren nach der Kartellverordnung von 1923 maßgeblichen Gesetzes über das Reichswirtschaftsgericht⁴⁹⁾ und einiger Verwaltungsgerichtsgesetze⁵⁰⁾ anknüpfen.

Der Sinnzusammenhang und der Zweck der Beiladungsregelung des GWB bieten zusätzliche Argumente für eine Ermessensvorschrift⁵¹⁾. Hielte man die Kartellbehörde für verpflichtet, alle in ihren Interessen erheblich berührten Dritten in jedem Fall auf ihren Antrag hin beizuladen, so würde in manchen Fällen ein geordnetes Verfahren unmöglich gemacht. Dem in bestimmten Fällen besonders starken und berechtigten Bedürfnis nach Verfahrensbeschleunigung könnte angesichts der Starrheit der Beiladungsregelung in vielen Fällen nicht Rechnung getragen werden. Versteht man § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB aber als Ermessensvorschrift, kann die Ablehnung eines Beiladungsantrages trotz Vorliegens der sachlichen Voraussetzungen zulässig und sogar geboten sein⁵²⁾. Nur so ist sie flexibel genug, den bei der Verfahrensbeteiligung vordringlichen Verfahrensinteressen gerecht zu werden. Auch die Interessen, die dem Beiladungsanwärter aus der Beiladung als einer anfechtbaren hoheitlichen Verwaltungsentscheidung erwachsen, führen nicht zu einem anderen Ergebnis. Denn die Einräumung von Ermessen bedeutet keine nennenswerte Einschränkung der Nachprüfung der Kartellverwaltungsentscheidung im Beschwerdeverfahren. Die Anwendung des gesetzlichen Tatbestandes auf den geltend gemachten Sachverhalt

49) § 17 dieses Gesetzes (RGBl I S. 216).

50) §§ 60 Suddt. VwGG; 41 brit. MilitärregierungsVO Nr. 165. Insoweit besteht auch eine Parallele zu § 65 VwGO, worauf Schöne, WRP 1960 S. 263 und Frankf.Komm., § 51 Tz. 86 hinweisen.

51) Ähnliche Erwägungen finden sich bei Sprenkman, GRUR 1960 S. 530; Frankf.Komm. aaO.

52) Frankf.Komm. aaO

unterliegt in vollem Umfang der gerichtlichen Nachprüfung, da es kein Tatbestands-, sondern nur Handlungsermessen gibt. Darüber hinaus überprüft das Kartellbeschwerdegericht die Anwendung der Rechtsfolge nicht nur in rechtlicher Hinsicht, sondern auch nach Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten (§ 70 Abs. 4 GWB⁵³). Entzogen ist dem Gericht dabei lediglich die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung, was jedoch im Rahmen der Beiladungsentscheidung kaum jemals von Belang sein dürfte.

2. Interessenberührung durch die Entscheidung

§ 51 Abs. 2 Nr. 4 G.W.B schreibt vor, daß die Interessen Dritter "durch die Entscheidung" berührt werden. Damit wird, ähnlich wie im Zusammenhang mit der Beiladung des Verwaltungsstreitverfahrens in § 65 VwGO, auf die Verursachung der Interessenberührung gerade durch die Entscheidung abgestellt, die Gegenstand des Verfahrens ist, zu dem beigeladen werden soll.

Das alleinige Abstellen auf die Verursachung der Interessenberührung durch die Entscheidung schließt es etwa aus, mit einem Hinweis auf mögliche zukünftige Gesetzesverletzungen auf Seiten des Kartells eine Interessenberührung geltend zu machen. Das gilt auch dann, wenn die Gesetzesverletzung in mißbräuchlicher Handhabung einer mit der Entscheidung erlaubten wettbewerbsbeschränkenden Abrede besteht, da die Entscheidung nur insoweit ursächlich ist, als von den behördlich eingeräumten Möglichkeiten rechtmäßig Gebrauch gemacht wird⁵⁴).

Soweit die Beiladung nach dem Erlaß der Hauptentscheidung erfolgt, ist auf die bereits vorhandene (aktuelle) Interessenberührung abzustellen. Im Regel-

53) Vgl. im einzelnen dazu: Würdinger, WuW 1958 S. 392 ff; Benkenдорff, WuW 1958 S. 740 ff; Kull, JZ 1961 S. 683 sowie die Kommentare zu § 70 G.W.B.
54) BKartA, WuW/E BKartA 141 (143) ("Düngekalk") sowie Leitsatz 2 ebendort; BKartA, Jahresbericht 1959 (BT-Drucksache 1795) S. 53; Frankf.Komm., § 51 Tz. 82.

fall wird aber vor Erlaß der Hauptentscheidung beige-
laden. Die in Betracht zu ziehende Berührung der In-
teressen des Antragstellers liegt also in der Zukunft.
Darüber hinaus ist es unsicher, ob die den Gegenstand
des Kartellverfahrens bildende Entscheidung auch tat-
sächlich ergicht. Die Kartellbehörde kann das Verfah-
ren einstellen, wenn sie feststellt, daß die Voraus-
setzungen für den Erlass der Entscheidung in der Haupt-
sache fehlen. Entscheidet die Kartellbehörde, so kann
die Entscheidung sowohl positiv als auch negativ aus-
fallen, und es ist möglich, daß ausschließlich bei
positiver oder ausschließlich bei negativer Entschei-
dung sich für den Antragsteller etwas ändert. Die In-
teressenberührung ist also zum Zeitpunkt der Entschei-
dung über den Beiladungsantrag meist eine potentielle.
Eine solche reicht aber auch aus. Das ergibt sich
schon daraus, daß der Beigeladene mit der Verfahrens-
beteiligung die Möglichkeit erhalten soll, auf die
Entscheidung Einfluß zu nehmen, also darauf, ob sie
überhaupt ergicht, ob sie positiv oder negativ aus-
fällt und daß sie so ausfällt, wie es seinen Inter-
essen entspricht. - Folglich sind sämtliche Entschei-
dungsmöglichkeiten zu berücksichtigen, die im Hinblick
auf den Verfahrensgegenstand denkbar sind. Einzelne
Entscheidungsmöglichkeiten können nicht etwa ausge-
schaltet werden, indem bereits bei der Prüfung der
Interessenberührung die Aussichten des Hauptverfah-
rens mitberücksichtigt werden⁵⁵⁾.

Liegt die tatsächliche Berührung der Interessen in
der Zukunft, so müssen die Interessen, die möglicher-
weise von der später ergehenden Hauptentscheidung be-
rührt werden, doch bereits gegenwärtig in der Person
des Beiladungsanwärters vorhanden sein⁵⁶⁾. Denn es

55) KG, WuW/E OLG 392 (394) ("Exportförderung"). Für
die Beiladung im Verwaltungsstreitverfahren: OVG
Münster, VWRspr 8, 117 (Nr. 25); Eyermann-Fröhler,
§ 65 Anm. 15.

56) BKartA, WuW/E BKartA 141 (143) ("Düngekalk")
scheidet in der Vergangenheit liegende Interessen
aus. Für das Verwaltungsstreitverfahren: Eyermann-
Fröhler, § 65 Anm. 19.

sind ja die bereits bestehenden Interessen, die den Dritten in die entscheidende Nähe zum Verfahren bringen und damit die mit der Beiladung verbundenen Rechtsfolgen, nämlich die Verfahrensbeteiligung, rechtfertigen. Soweit solche Interessen in der Vergangenheit liegen oder nur in der Zukunft zu erwarten sind, können sie nicht berücksichtigt werden.

Entsprechend müssen die für die Interessenberührung maßgeblichen Entscheidungsmöglichkeiten nach dem Gegenstand des Kartellverfahrens beurteilt werden, wie dieser sich gerade zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Beiladungsantrag darstellt. Damit ist die Berücksichtigung von geplanten Änderungen des Verfahrensgegenstandes ausgeschlossen. Möchte etwa ein Dritter als Beigeladener die Erlaubniserteilung zu einem Kartell, welches ihn ausschließt, verhindern, so kann die Tatsache, daß die Erlaubnis zu einem Kartellvertrag, der ihn als Vertragspartner einschließen würde, seine Interessen berührt, nicht zur Beiladung führen. Vielmehr muß die Erlaubnis zu dem Kartellvertrag, wie er vorliegt, nämlich ohne den Dritten, die Berührung seiner Interessen begründen, um die Beiladung des Außenseiters zu rechtfertigen⁵⁷⁾.

Bei der weiteren Darstellung der in Betracht kommenden Interessen ist also ausschließlich von solchen, zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Beiladung in der Person des Antragstellers gegebenen Interessen auszugehen, die durch die den Gegenstand des Hauptverfahrens bildende Entscheidung potentiell berührt werden oder, wenn die Entscheidung in der Hauptsache bereits ergangen ist, aktuell berührt sind.

57) Vgl. Schöne, WRP 1960 S. 336 unter Hinweis auf die insoweit unklaren Ausführungen des KG, WuW/E OLG 392 ("Exportförderung").

3. Bezugnahme auf die sachlichen Voraussetzungen der Anhörungsvorschriften

Auch die Vorschriften des GWB, die die Berücksichtigung der geäußerten Meinung von Drittinteressenten unabhängig von der Verfahrensbeteiligung vorschreiben, die sogenannten Anhörungsvorschriften, stellen sachliche Voraussetzungen auf. Die Kartellanmelder, die ihrer Anmeldung die Stellungnahme der betroffenen Wirtschaftsstufen gem. §§ 2 Abs. 2, 3 Abs. 2, 5 Abs. 1 GWB beizufügen haben, sowie die Antragsteller des § 6 GWB, denen die gleiche Pflicht gem. § 6 Abs. 2 GWB hinsichtlich ihres Erlaubnisanspruchs obliegt, kommen ihrer Verpflichtung dann nach, wenn der angehörte Personenkreis repräsentativ ist⁵⁸⁾. Welche Wirtschaftskreise repräsentiert werden müssen, ist jeweils unterschiedlich. Bei der Anmeldung von Konditionenkartellen hat die unmittelbar von der Konditionenvereinbarung, bei Rabattkartellen die von der Rabattregelung betroffene Wirtschaftsstufe Stellung zu nehmen. Der Anmeldung eines Rationalisierungskartells ist die Stellungnahme von Rationalisierungsverbänden, dem Antrag auf Erlaubnis zu einem Ausfuhrkartell eine Stellungnahme der betroffenen inländischen Erzeuger und Abnehmer beizufügen⁵⁹⁾.

Müller-Gries⁶⁰⁾ vertreten die Ansicht, daß für diejenigen, die eine Stellungnahme abzugeben haben, damit auch die sachlichen Voraussetzungen der Beiladung gesetzlich festgestellt seien. Diese Betrachtungsweise erscheint jedoch zu pauschal. Der Zweck der genannten Anhörungsvorschriften erschöpft sich darin, der Kartellbehörde innerhalb und außerhalb von Kartellverfahren zusätzliche Informationsquellen zu verschaf-

58) v. Brunn, GemK (1. Aufl.) § 2 Anm. 29 - 31.

59) Starck, BB 1960 S. 467.

60) 1. Aufl., § 51 Anm. 7. - Demgegenüber heben Baumbach-Hefermehl, § 51 GWB Anm. 2 hervor, daß sich die Voraussetzungen der Beiladung mit denjenigen der Anhörungsvorschriften des § 2 Abs. 2 GWB usw. nicht decken.

fen⁶¹⁾, während die Beiladung als ein Institut der Verfahrensbeteiligung die Geltendmachung von Individualinteressen ermöglichen soll. Personen und Personenvereinigungen, die zur Information der Kartellbehörde in einer bestimmten Kartellsache geeignet sind, werden nicht immer von der Kartellsache individuell betroffen. Man muß deshalb unterscheiden⁶²⁾, ob die Stellungnahme des betreffenden Repräsentanten deswegen vorgesehen ist, weil seine Wirtschaftsstufe vermutlich am besten über die für die Entscheidung wesentlichen Umstände Auskunft geben kann, oder aber deswegen, weil die Interessen der Wirtschaftsstufe von der Entscheidung betroffen werden und aus diesem Grunde Eignung und Bereitschaft zur Auskunfterteilung anzunehmen ist. Nur im zweiten Fall läßt sich aus der Zugehörigkeit zum anhörungsberechtigten Personenkreis ein Hinweis auf das Vorliegen einer die Beiladung rechtfertigenden Interessenberührung entnehmen.

Während die Anhörung von Rationalisierungsverbänden, die aufgrund der für die Verbände bestehenden weitreichenden Informationsmöglichkeiten vorgeschrieben ist, eine erhebliche Interessenberührung gem. § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB nicht indiziert, dürften die angehörten Vertreter der von einer Konditionenregelung betroffenen Wirtschaftsstufe regelmäßig von einer gegen ein Konditionenkartell gerichteten Widerspruchsverfügung in ihren Interessen berührt sein.

Die Gelegenheit zur Stellungnahme im Kartellverfahren gem. § 53 Abs. 2 GWB gewährt die Kartellbehörde den Vertretern solcher Wirtschaftskreise, die vom Verfahren berührt werden. Dabei haben die betreffenden Wirtschaftskreise keinen Rechtsanspruch auf Anhörung. - § 53 Abs. 2 GWB besagt lediglich, daß sich die Kartellbehörde dann, wenn sie, wie etwa bei der Entscheidung von Grundsatzfragen, an weiterer Aufklärung

61) Vgl. oben S. 28 f

62) Vgl. auch Lent-Habscheid, § 14 II 4 (S. 77), der gleichfalls diese Unterscheidung trifft hinsichtlich der Frage, ob eine gesetzlich vorgeschriebene Anhörung zur materiellen Beteiligung am Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit führt.

gesamtwirtschaftlicher Auswirkungen interessiert ist, durch Einholung von Stellungnahmen nicht am Verfahren beteiligter Personen informieren kann⁶³⁾. Diese Anhörung hat deswegen den Charakter eines Ausweges für die Fälle, in denen eine Verfahrensbeteiligung nicht in Frage kommt und die Berücksichtigung bestimmter Tatsachen und Interessen gleichwohl gesichert werden soll. Daraus ist zu folgern, daß diejenigen, die als Vertreter vom Verfahren berührter Wirtschaftskreise gem. § 53 Abs. 2 GWB Stellung nehmen, deswegen noch nicht beizuladen sind. Es läßt sich vielmehr umgekehrt eine Begrenzung des Kreises der beiladungsfähigen Interessenten deshalb herleiten, weil wegen der Institution des § 53 Abs. 2 GWB eine Beiladung allein aus dem Grunde des Informationsinteresses der Kartellbehörde nicht anzuerkennen ist⁶⁴⁾.

4. Die beiladungsrelevanten Interessen

Die den Gegenstand des Kartellverfahrens bildende Sachentscheidung kann eine ganze Skala von Interessenberührungen nach sich ziehen. So können Entscheidungen der Kartellbehörde außer auf spezifische Marktinteressen auch auf Interessen der Verbraucher und der Arbeitnehmer in starkem Maße einwirken. Ferner kann eine Kartellverwaltungsentscheidung, die sich beispielsweise auf ein kartellmäßiges Zusammenwirken verschiedener Verlage, Theater, Filmhersteller oder -verleiher, Presseunternehmen oder Schallplattenfirmen bezieht, neben rechtlichen und wirtschaftlichen auch kulturelle, künstlerische, wissenschaftliche oder soziale Interessen tangieren. Kann aber jedes Interesse, ohne Unterscheidung nach seiner Art, als Voraussetzung der Beiladung zum Kartellverfahren beachtlich sein?

⁶³⁾ Junge, GemK § 53 Anm. 3

⁶⁴⁾ Im Ergebnis übereinstimmend: KG, WuW/E OLG 339 (341) ("IG-Bergbau"); Schöne, WRP 1960 S. 264 1.Sp.

In Beiladungsvorschriften anderer Gesetze finden sich gegenständliche Interessensabgrenzungen wie die Beschränkung auf "rechtliche"⁶⁵⁾, "berechtigte"⁶⁶⁾ oder "rechtliche oder wirtschaftliche"⁶⁷⁾ Interessen. Auch der Regierungsentwurf zum GWB⁶⁸⁾ forderte entsprechend den Bestimmungen der Verwaltungsgerichtsgesetze die Berührung "rechtlicher" Interessen. Dagegen verzichtet § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB auf eine solche Einschränkung, um die mit der Abgrenzung des rechtlichen Interesses verbundenen Schwierigkeiten, insbesondere die Frage, wann eine wirtschaftliche Betroffenheit zu einer rechtlichen wird, auszuklammern⁶⁹⁾. Das bedeutet, die Unterscheidung von rechtlichen und wirtschaftlichen Interessen kann kein Kriterium für die Abgrenzung der beiladungsrelevanten Interessen sein. Der Verzicht auf eine ausdrückliche gegenständliche Abgrenzung besagt jedoch nicht, daß damit eine weitere Abgrenzung, sei sie gegenständlich oder nach sonstigen Kriterien vorgenommen, ausgeschlossen sein soll, wenn sie sachlich notwendig ist.

Die zunächst in der Praxis⁷⁰⁾ angewandte Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Interessenberührung wurde aufgegeben⁷¹⁾. Denn die Beiladung ist für diejenigen gedacht, die in ihren Interessen erheblich, nicht aber unmittelbar berührt sind; auch entferntere Auswirkungen auf wirtschaftliche Interessen können erheblich sein⁷²⁾. So hat das Bundeskartellamt⁷³⁾ in einem Mißbrauchsverfahren nach

65) § 41 brit. MRVO Nr. 165; jetzt § 65 Abs. 1 VwGO.

66) § 75 Sozialgerichtsg

67) § 17 Gesetz über das RWirtschaftsgericht v. 25. Febr. 1938 (RGBl I S. 216)

68) unter § 48 (abgedruckt in GemK 1. Aufl. S. 1049).

69) BKartA, WuW/E BKartA 141 (142) ("Düngekalk"); vgl. ferner die Ausführungen von Böhm, 215. Sitzung des BT-Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht, Protokoll S. 22.

70) BKartA, WuW/E BKartA 70 ("Gewerkschaft")

71) BKartA, WuW/E BKartA 176 ("Exportförderung"); BKartA, Einspruchsentscheidung v. 26. Juli 1962, wiedergegeben im Tätigkeitsbericht des BKartA des Jahres 1962 (BT-Drucksache IV 1220) S. 72.

72) Junge, GemK § 51 Anm. 13; gegen das Kriterium der Unmittelbarkeit auch KG, WuW/E OLG 392 (393) ("Exportförderung").

73) BKartA, Einspruchsentscheidung v. 26. Juli 1962

§ 22 GWB über die Höhe des Urheberentgeltes bei Abspielen durch Musikautomaten mit Recht nicht nur die Interessen der Automatenaufsteller, sondern auch der Hersteller und Großhändler von Musikautomaten als beiladungsrelevant angesehen.

Überwiegend wird in Literatur⁷⁴⁾ und Praxis⁷⁵⁾ die Abgrenzung beiladungsrelevanter Interessen aus der Zielsetzung des GWB abgeleitet. Man geht dabei von der zutreffenden⁷⁶⁾ Tatsache aus, daß das GWE dem Entstehen und dem Mißbrauch marktbeeinflussender Positionen entgegenwirken und bestimmte Arten von Wettbewerbsbeschränkungen unterbinden oder unter Kontrolle stellen soll. Das GWB befasse sich daher mit dem Verhalten der Unternehmen im Wettbewerb; gemeint ist der Wettbewerb um die Marktgegenseite im Kampf um den günstigsten Erwerb oder den günstigsten Absatz von Waren und gewerblichen Leistungen. Kartellbehördliche Eingriffe seien deswegen generell auf Eingriffe gegen die Betätigung von Unternehmen einerseits und auf die Regelung des Verkehrs mit Waren und gewerblichen Leistungen beschränkt. Aus dieser dem GWB allgemein innewohnenden Zielsetzung wird gefolgert, daß die für die Beiladung relevanten Interessen auf "Marktinteressen"⁷⁷⁾ oder "Markt- und Unternehmerinteressen"⁷⁸⁾ zu beschränken seien.

Gegen die Ableitung einer Interessenabgrenzung aus Sinn und Zweck des GWB erheben sich Bedenken, weil das dabei gefundene Ergebnis, nämlich die Beschränkung der Beiladungsanwärter auf Marktteilnehmer, mit dem Wortlaut des § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB nicht in Einklang steht. Diese Vorschrift spricht nicht, wie es

74) Starck, BB 1960 S. 467; Schöne, WRP 1960 S. 263 f; 334; Junge, GemK § 51 Anm. 13.

75) KG, WuW/E OLG 339 ("IG-Bergbau")

76) Vgl. im einzelnen oben S. 43 f

77) Schöne, WRP 1960 S. 263 r.Sp.

78) Starck, BB 1960 S. 467; Junge, GemK § 51 Anm. 13.

in § 51 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 GWB geschieht, von Kartellen, Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, sondern ausdrücklich von Personen und Personenvereinigungen. Das Gesetz will nur die Hauptbeteiligung nach Nr. 1 bis 3 auf diejenigen beschränken, die als Marktteilnehmer mit dem Gegenstand des Kartellverfahrens in Verbindung stehen. Die Beiladung soll daneben offensichtlich auch Nicht-Marktteilnehmern die Möglichkeit der Verfahrensbeteiligung verschaffen.

Die erhobenen Bedenken bestätigen sich, wenn man die Abgrenzung der beiladungsrelevanten Interessen im Zusammenhang mit der Funktion vornimmt, die die Interessenberührung einnimmt, nämlich diejenige einer sachlichen Voraussetzung im Hinblick auf die mit der Beiladung verbundenen Rechtsfolgen. Die durch die Beiladung eingeäumten Verfahrensrechte sollen bestimmten Drittpersonen die Vertretung ihrer Interessen im Kartellverfahren ermöglichen. Als sachliche Voraussetzungen dieser Rechtsfolge ist deshalb die Berührung solcher Interessen sinnvoll, welche gerade bei der Hauptentscheidung seitens der Kartellbehörde in dem betreffenden Verfahren zu berücksichtigen sind⁷⁹⁾. Im Hinblick auf die Verschaffung der Verfahrensrechte haben also die Interessen auszuscheiden, die in dem fraglichen Verfahren ohne Belang sind. Nach dieser Formel erweist sich die Begrenzung der beiladungsrelevanten Interessen auf Marktinteressen als unbrauchbar, wenn sich ergibt, daß auch andere als Marktinteressen bei der Entscheidung über den Erlaß kartellbehördlicher Akte zu berücksichtigen sind.

Betrachtet man die gesetzlich umschriebenen Interessensmaßstäbe, so ist zwar das Überwiegen spezifisch

79) Andeutungsweise findet sich eine ähnliche Formel bei Sprengmann, GRUR 1960 S. 529; Frankf.Komm., § 51 Tz. 78.

wettbewerbsrelevanter Begriffe festzustellen⁸⁰⁾. Zugleich haben Entscheidungen im Bereich des GWB aber auch die Interessen der Gesamtwirtschaft und das Gemeinwohl im Auge zu behalten. Es wird vertreten, daß das für ausnahmslos alle Entscheidungen der Kartellbehörden gilt⁸¹⁾. In einigen Vorschriften findet dieser Gedanke seine Ausprägung, etwa "offensichtlich schädliche Wirkungen ... für die angemessene Versorgung der Verbraucher" (§ 3 Abs. 3 Nr. 2 GWB), "wenn ... die Regelung unter Berücksichtigung der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls erfolgt" (§ 4 GWB), "wenn die Rationalisierung im Interesse der Allgemeinheit erwünscht ist" (§ 5 Abs. 3 GWB), "wenn ausnahmsweise die Beschränkung des Wettbewerbs aus überwiegenden Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls notwendig ist" (§ 8 Abs. 1 GWB). Diese Interessen sind nicht mit Marktinteressen identisch. Das Interesse der Gesamtwirtschaft umfaßt neben den Interessen der den Kartellmitgliedern gegenüberstehenden Marktseite jede nachteilige Auswirkung auf das sonstige wirtschaftliche Geschehen. Zum Gemeinwohl gehören nicht nur wirtschaftliche, sondern auch soziale, kulturelle, sittliche Güter und Werte⁸²⁾.

80) Z.B. "ungerechtfertigt unterschiedliche Behandlung von Wirtschaftsstufen oder von Abnehmern der gleichen Wirtschaftsstufe" (§ 3 Abs. 1 GWB), "offensichtlich schädliche Wirkungen für den Ablauf von Erzeugung oder Handel" (§ 3 Abs. 3 Nr. 2 GWB), die Eignung, "die Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit ... zu verbessern", "wenn die Spezialisierung den Wettbewerb auf dem Markt ausschließt" (§ 5 Abs. 2 GWB), "wenn der Vertrag ... zu einer wesentlichen Beschränkung des Wettbewerbs ... führen kann und das Interesse an der Erhaltung des Wettbewerbs überwiegt" (§ 6 Abs. 3 Nr. 2 GWB), "soweit diese Unternehmen bei Abschluß von Verträgen ... ihre Marktstellung mißbräuchlich ausnutzen" (§ 22 Abs. 3 Nr. 1 GWB).

81) Müller-Henneberg, GemK § 8 Anm. 7. - A.M. KG, WuW/E OLG 339 (341).

82) Müller-Henneberg, GemK § 4 Anm. 12 unter Hinweis auf die herrschende Lehre; Deringer, GemK § 5 Anm. 117, letztes Beispiel; Frankf.Komm., § 4 Tz. 62 ff, insbes. 63, 64.

Zwar kann und soll sich die Allgemeinheit als solche nicht am Kartellverfahren beteiligen, denn die Verfahrensbeteiligung dient der Vertretung und Durchsetzung von Einzelinteressen. Die Möglichkeit der Kenntnismahme von Tatsachen, die sich auf Interessen breiterer Kreise und auf Allgemeininteressen beziehen, ist durch die Anhörung gem. § 53 Abs. 2 GWB gesichert, so daß aus diesem Grunde eine Beteiligung am Verfahren nicht in Betracht kommt⁸³⁾. Es können jedoch einzelne Personen und Personenvereinigungen in solchen Interessen berührt sein, die zugleich Allgemeininteressen darstellen und als solche im Kartellverfahren zu berücksichtigen sind. Als Beispiel sei der vom Bundeskartellamt⁸⁴⁾ und vom Kammergericht⁸⁵⁾ entschiedene Fall der Beantragung der Beiladung seitens einer Gewerkschaft angeführt. In einem Verfahren, das die Erlaubnis zu einem Rationalisierungskartell nach § 5 Abs. 3 GWB zum Gegenstand hatte, wollte die Industriegewerkschaft Bergbau beigeladen werden, weil durch die zu erwartende Erlaubnisentscheidung eine Veränderung der Struktur der betreffenden Industrie vorauszusehen sei mit der Folge, daß ein Beschäftigungsausgleich erforderlich werde. Die Arbeitnehmer gehörten zu dem Personenkreis, dessen Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt würden. - Für die Entscheidung nach § 5 Abs. 3 GWB ist die Berücksichtigung von Allgemeininteressen, wozu auch soziale Interessen zu rechnen sind, ausdrücklich vorgeschrieben. Die Erlaubnis nach § 5 Abs. 3 GWE kann also, wie das Kammergericht⁸⁶⁾ selbst zugesteht, versagt werden, wenn sie nachteilige Wirkungen auf die Beschäftigungslage hat oder haben kann, ohne daß darüber hinaus Bedenken typisch kartellrechtlicher Art entgegenstehen müßten. Mit der Begründung, die von der Gewerkschaft geltend gemachten sozialen Interessen seien nicht rele-

83) Vgl. oben S. 131

84) WuW/E BKartA 70 ("Gewerkschaft")

85) WuW/E OLG 339 ("IG-Bergbau")

86) WuW/OLG 341

vant⁸⁷⁾, kann der Antrag der Arbeitnehmervertretung auf Beiladung somit nicht abgelehnt werden. Es findet sich keine sachliche Rechtfertigung dafür, im Rahmen der Entscheidung in der Hauptsache soziale Interessen maßgeblich sein zu lassen, für die Beiladung aber typisch kartellrechtliche Interessen zu fordern. Da die Beiladung der Geltendmachung von Einzelinteressen im Kartellverfahren dient, ist es ausreichend und erforderlich, daß die vom Antragsteller geltend gemachten Interessen in der Entscheidung über die Hauptsache relevant sind oder sein können, ohne daß es sich notwendig um Marktinteressen handeln muß.

Die soeben angestellten Überlegungen führen zu dem Ergebnis, daß einerseits eine Begrenzung der beiladungsrelevanten Interessen auf Marktinteressen zu eng, also unbrauchbar ist, daß andererseits aber keine allgemeingültige gegenständliche Umschreibung der für die Beiladung relevanten Interessen angeboten werden kann, obwohl die Notwendigkeit einer Abgrenzung anzuerkennen ist. Es bleibt deshalb keine andere Möglichkeit, als in jedem einzelnen Fall zu prüfen, ob die geltend gemachten Interessen in dem anhängigen Kartellverfahren in irgendeiner Weise⁸⁸⁾ Berücksichtigung finden können. Das kann nur geschehen, wenn die Interessen des Antragstellers im Zusammenhang sowohl mit dem Verfahrensgegenstand als auch mit den jeweiligen sachlich-rechtlichen Voraussetzungen der zu treffenden Entscheidung in der Hauptsache gesehen werden. Ergibt sich die Beachtlichkeit dieser Inter-

87) So aber das KG. Es stützt seine ablehnende Entscheidung weiterhin mit der Behauptung, das Arbeitsrecht, insbesondere das Betriebsverfassungsrecht schließe eine Erweiterung von Arbeitnehmerbefugnissen schlechthin aus. Dieser - nicht unbedenklichen - Argumentation kann hier nicht weiter nachgegangen werden.

88) Dabei kommt es nicht darauf an, wie stark die gesetzlichen Interessen auf die Rechtsfolge einwirken, ob sie etwa den Erlaß der Entscheidung positiv fordern oder ob sie der Entscheidung lediglich nicht entgegenstehen dürfen; vgl. Müller-Henneberg, GemK § 8 Anm. 7. Ferner ist die Beachtlichkeit der Interessen scharf zu unterscheiden vom Schutzzweck des Gesetzes. Vgl. dazu unten S. 164 f., 169 f.

essen, so ist, die Erheblichkeit der Interessenberührung vorausgesetzt, der Tatbestand des § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB erfüllt.

Wenn nach dem hier gefundenen Ergebnis jeweils zu prüfen ist, ob die Interessen des Beiladungsanwärters in dem anhängigen Hauptverfahren zu berücksichtigen sind, könnte dagegen der Einwand erhoben werden, daß damit im Rahmen des Beiladungsverfahrens bereits ein Teil der eigentlichen Kartellsache selbst behandelt und vorweggenommen werde. Das Nebenverfahren hat sich nämlich auf die verfahrensmäßige Frage der Mitwirkung des Antragstellers zu beschränken, das um so mehr, als die Belastung des Beiladungsverfahrens mit dem Gegenstand des Hauptverfahrens dem Grundsatz der beschleunigten Erledigung des Beiladungsverfahrens entgegenstehe⁸⁹⁾.

Dieser Einwand geht jedoch deshalb fehl, weil nicht die Hauptsache als solche zum Gegenstand des Beiladungsverfahrens gemacht wird, sondern nur die mögliche Hauptentscheidung nach dem Verfahrensgegenstand und der jeweils maßgeblichen gesetzlichen Bestimmung. Gegenstand des Hauptverfahrens und Gegenstand des Nebenverfahrens sind also weder ganz noch teilweise identisch. Da die Aussichten des Verfahrens außer Betracht bleiben, findet im Beiladungsverfahren beispielsweise bezüglich der Hauptentscheidung, auch bei Zugrundelegung des hier gefundenen Ergebnisses, keine Sachverhaltsermittlung statt. Eine Tatsachenprüfung kann nur im Hinblick auf die Existenz der geltend gemachten Interessen erfolgen. Eine Verzögerung des Beiladungsverfahrens ist mit der jeweils vorzunehmenden Interessenabgrenzung somit auch nicht verbunden.

89) KG, WuW/E OLG 392 (394) ("Exportförderung")

5. Die Identität von Interessenträger und Beiladungsanwärter (Beiladung von Verbänden)

Selbstverständlich muß der Beiladungsanwärter mit demjenigen, auf dessen Interessenberührung er sich beruft, identisch sein. Die Frage, ob mit diesem Grundsatz die Beiladung von Verbänden zu vereinbaren ist, die nicht selbst unternehmerisch tätig sind, sondern die Interessen ihrer Mitglieder wahrnehmen, wird in der Spruchpraxis⁹⁰⁾ bejaht⁹¹⁾. Dem ist zuzustimmen, weil jeweils vorausgesetzt wird, daß der Verband satzungsgemäß zur Wahrnehmung der Interessen seiner Mitglieder berufen ist und die Mitglieder durch die Entscheidung der Kartellbehörde berührt werden. Durch dieses Erfordernis wird die Identität von Beiladungsanwärter und Interessenträger gewahrt. Die satzungsmäßige Verpflichtung macht die Interessen der Mitglieder, soweit sie innerhalb des Verbandes überwiegen, zu e i g e n e n Interessen des Verbandes.

Die Zulassung der Verbände zur Beiladung bringt im übrigen verfahrensökonomische Vorteile mit sich. Häufig erübrigt die Beiladung eines Verbandes die Zuziehung einer größeren Anzahl von Unternehmen derselben Stufe⁹²⁾. Die größere Marktübersicht der Verbände dient dem Informationsinteresse der ermittelnden Kartellbehörde. Für das einzelne Unternehmen überwiegt oft der Vorteil, die mit einem Verwaltungsverfahren verbundenen Unannehmlichkeiten⁹³⁾ dem Verband überlassen zu können.

90) KG, WuW/E OLG 369 (373); BKartA, WuW/E BKartA 53 (57) ("Konsumgenossenschaften"); WuW/E BKartA 92

91) In der Literatur ist diese Frage streitig. Für die Zulassung von Verbänden sprechen sich aus: Schöne, WRP 1960 S. 334 f; Starck, BB 1960 S. 466; Junge, GemK § 51 Anm. 12. Dagegen: Frankf.Komm., § 51 Tz. 81.

92) Vgl. unten S.149 f

93) wie z.B. Wahrnehmung von Terminen, Zuziehung von Anwälten, Verfahrenskosten.

6. Die Erheblichkeit der Interessenberührung

Wegen der weitgehenden Interessenverflechtung der am Wirtschaftsleben beteiligten Personen wirken wirtschaftliche Veränderungen bei einem Marktbeteiligten, wie sie etwa von einer kartellbehördlichen Entscheidung hervorgerufen werden, in irgendeiner Weise regelmäßig in jeweils verschiedenartiger Intensität auf eine Unzahl von Drittpersonen ein. Eine solche Einwirkung erfüllt aber erst dann den Tatbestand des § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB, wenn sie "erheblich" ist. Das Erfordernis der Erheblichkeit der Interessenberührung bedeutet deshalb eine wesentliche Einschränkung des für die Beiladung in Betracht kommenden Personenkreises⁹⁴⁾.

Eine exakte Umgrenzung dieser gesetzlichen Einschränkung ist erschwert, weil sich das Gesetz dabei eines quantitativ differenzierenden Begriffs bedient. Das Merkmal "erheblich" ist einer genauen inhaltlichen Bestimmung unzugänglich und erst "durch Rückbeziehung auf den Sinn und Zweck des Gesetzes" konkretisierbar "sowie durch seine unmittelbare Verbindung mit anderen Tatbestandsmerkmalen, die es im Einzelfall modifizieren, verständlich"⁹⁵⁾. Es sollen deswegen lediglich einzelne Gesichtspunkte zur Konkretisierung des Begriffs dargelegt werden.

Die Erheblichkeit einer Interessenberührung ist zu messen an der Intensität, mit der die im Verfahren anhängige Entscheidung auf den Antragsteller einwirkt. Dem Wortsinne nach ist mit "erheblich" eine positiv

94) Die Einschränkung des für die Beiladung in Betracht kommenden Personenkreises ist das eigentliche Motiv für die Einfügung des Wortes "erheblich" gewesen. Vgl. den Vorschlag des Abg. Dr. Weber in der 215. Sitzung des BT-Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht sowie die Ausführungen von Böhm, Wahl und Arndt, Protokoll S. 22 ff.

95) Bericht des BT-Ausschusses für Wirtschaftspolitik unter E III (GemK 1. Aufl. S. 1173).

feststellbare Intensität gemeint; die Auslegung dahin, es solle mit diesem Erfordernis lediglich negativ eine "entfernt und absolut geringfügige" Interessenberührung ausgeschlossen werden⁹⁶⁾, verkennt den Wortlaut⁹⁷⁾.

Die Erheblichkeit der Einwirkung kann nicht isoliert, sondern muß im Zusammenhang mit den mit ihr verbundenen Tatbestandsmerkmalen gesehen werden. Das bedeutet: es ist immer gerade auf die Erheblichkeit der Berührung der **I n t e r e s s e n** des Beiladungsanwärters abzustellen. Von diesem Ansatzpunkt her muß die in der Praxis⁹⁸⁾ und im Schrifttum⁹⁹⁾ vielfach erörterte Frage, ob die Erheblichkeit aus der Sicht des Drittinteressenten (relativer Maßstab) oder derjenigen eines objektiven Dritten (absoluter Maßstab) zu bemessen ist, wobei sowohl die relative¹⁰⁰⁾ wie die absolute¹⁰¹⁾ als auch die Kombination von relativer und absoluter Betrachtungsweise¹⁰²⁾ vertreten wird, gelöst werden. - Da gerade die Interessen des Beiladungsanwärters erheblich sein sollen, kann sich die Prüfung nicht auf die objektive Intensität der Einwirkung beschränken, sondern muß jeweils auf die individuelle Interessenlage des Betroffenen bezogen werden, mit anderen Worten: erheblich muß die individuelle Auswirkung sein. Daraus folgt, daß jedenfalls derjenige, der sich in die Person des Betroffenen hineinversetzt, richtig vorgeht. Vom relativen Maßstab ist deshalb auszugehen. Allerdings ist eine solche Betrachtungsweise nicht immer durchführbar. Nach außen erkennbar ist am ehesten die absolute

96) KG, WuW/E OLG 392 ("Exportförderung"); EG, WuW/E OLG 395 (400) ("Deutscher Städtetag").

97) Schöne, WRP 1960 S. 335; Frankf.Komm., § 51 Tz.83

98) BKartA, WuW/E BKartA 176; KG, WuW/E OLG 392 ("Exportförderung").

99) Schöne, WRP 1960 S. 335; Sprenkman, GRUR 1960 S. 530; Frankf.Komm., § 51 Tz. 83, 84; Junge, GemK § 51 Anm. 13.

100) BKartA, WuW/E BKartA 176; Frankf.Komm., § 51 Tz. 84; wohl auch Junge, GemK § 51 Anm. 13 aE.

101) KG, WuW/E OLG 392; Sprenkman aa[^].

102) Schöne aaO

Größe der Einwirkung. Die Frage nach der Zulässigkeit der absoluten Betrachtungsweise bedeutet nach alledem nichts anderes als ihre Eignung, die besondere Intensität der Einwirkung auf Individualinteressen anzuzeigen.

Am Beispiel der Einwirkung kartellbehördlicher Entscheidungen auf Unternehmensinteressen, die die wichtigste Rolle unter den beiladungsrelevanten Interessen spielen, soll die Eignung einiger Kriterien zur Indizierung der Erheblichkeit und zugleich geprüft werden, inwieweit absolute Größen brauchbar sind. Soweit durch die Entscheidung Unternehmerinteressen berührt werden, ist die Erheblichkeit der Interessenberührung in erster Linie aufgrund der Einwirkungen auf die Ertragslage des Unternehmens zu beurteilen. Denn weil unternehmerisches Streben letztlich auf Gewinnerzielung gerichtet ist¹⁰³⁾, werden jedenfalls bei Veränderungen der Ertragslage die Individualinteressen tangiert. Daneben kann und muß in bestimmten Fällen aber auch auf die Beeinflussung der Umsatz-
tätigkeit abgestellt werden, wobei dahingestellt bleiben mag, ob der Umfang der Umsatz-
tätigkeit als primärer¹⁰⁴⁾ Bezugspunkt des Unternehmerinteresses oder lediglich als Indiz für die Ertragslage¹⁰⁵⁾ des Unternehmens zu werten ist. Es wird mit Recht darauf hingewiesen¹⁰⁶⁾, daß dabei allein auf die Ertrags- und Umsatzlage abzustellen ist, die ein mit mehreren Artikeln auf dem Markt vertretenes Unternehmen auf dem Marktbereich hat, auf den durch die Entscheidung eingewirkt wird. Da das GWB gerade den Schutz der Einzelmärkte bezweckt, vermag schon die erhebliche Betroffenheit auf einem einzelnen Marktbereich die Verfahrensbeteiligung zu rechtfertigen. Entscheidend sind also Einwirkungen auf die Ertrags- bzw. Umsatzlage

103) Vgl. oben S. 43, auch Fn. 31

104) So z.B. Frankf.Komm., § 51 Tz. 84; Schöne, WRP 1960 S. 335.

105) So z.B. KG, WuW/E OLG 392 (393) ("Exportförderung").

106) Frankf.Komm. aaO; Schöne aaO.

eines Unternehmens auf dem in Frage stehenden Marktsektor.

An welchen Indizien nun läßt sich ablesen, wann eine Einwirkung auf die Ertrags- oder Umsatzlage stark genug ist, um dem Erfordernis der Erheblichkeit zu genügen? Vielfach¹⁰⁷⁾ wird darauf abgestellt, ob die Einwirkungen den Betroffenen zu wirtschaftlichen Dispositionen veranlassen; erheblich sollen solche Einwirkungen sein, die ein Unternehmer nicht ohne unternehmerische Gegenmaßnahmen hinnimmt. Sind solche Reaktionen zu erwarten, so liegt in der Tat ein sichtbares und zutreffendes Indiz dafür vor, daß gerade die Interessen dieses Unternehmers durch die Kartellentscheidung berührt werden. Es kann dagegen nicht eingewandt werden¹⁰⁸⁾, daß eine jeweils gleich geringfügige Einwirkung bei dem einen Unternehmen etwa wegen dessen angespannter Finanzlage zu wirtschaftlichen Dispositionen Anlaß geben kann, während ein wirtschaftlich gesundes Unternehmen gleicher Größe ohne sichtbare Reaktionen diese Einwirkungen auffangen könnte. Die Einbeziehung dieses schwächeren Unternehmens ist eben - auch bei absolut gesehen geringfügiger Einwirkung - deswegen gerechtfertigt, weil auf die individuellen Interessen abzustellen ist, diese aber unabhängig von der absoluten Größe der Einwirkung bei dem einen Unternehmen erheblich, bei dem anderen unerheblich berührt werden können.

Die Verursachung wirtschaftlicher Dispositionen kann allerdings kein alleiniges und abschließendes Kriterium für eine erhebliche Interessenberührung sein. Von spürbarer Erheblichkeit können auch solche Einwirkungen sein, die den Ertrag bzw. den Umsatz im Verhältnis zum Gesamtertrag bzw. Gesamtumsatz wesentlich verändern, jedoch Gegenreaktionen etwa deswegen nicht hervorrufen, weil solche aus anderen Gründen

107) Junge, GemK § 51 Anm. 13 aE; ihm folgend: Schöne, aaO; Starck, BB 1960 S. 467.

108) Frankf.Komm., § 51 Tz. 84

unzweckmäßig wären, so daß die Hinnahme dieser Einwirkungen das kleinere Übel, aber eben ein spürbares Übel ist. Auch wenn mit einer kartellbehördlichen Entscheidung nur Vorteile verbunden sind, würde eine wirtschaftliche Disposition ausbleiben¹⁰⁹⁾. Man wird deshalb von einer bestimmten prozentualen Veränderung des Ertrages bzw. des Umsatzes an die Erheblichkeit bejahen, unabhängig davon, ob das Unternehmen umdisponiert oder nicht. - Um eine relative Betrachtungsweise handelt es sich dabei insofern, als die Einwirkung im Verhältnis zum Gesamtertrag bzw. Gesamtumsatz gesehen wird. Wenn wir aber von einem bestimmten und festen Prozentsatz an einen Schluß auf die Beeinflussung der individuellen Interessen zulassen, ohne die Bedeutung der Einwirkung für das Unternehmen im konkreten Fall noch in Rechnung zu stellen, messen wir zugleich auch mit absolutem Maß. Insoweit dient diese absolute Betrachtungsweise allerdings lediglich zur Indizierung für das Vorhandensein einer erheblichen Berührung individueller Interessen und ist deswegen gerechtfertigt.

Schließlich fragt es sich, ob unabhängig von der Gesamtlage eines Unternehmens immer dann, wenn der zugrunde liegende Betrag eine bestimmte Höhe erreicht von einer erheblichen Interessenberührung gesprochen werden kann. Das wird dann möglich sein, wenn ein solcher absolut hoher Betrag die Erheblichkeit der Berührung von Individualinteressen anzeigt¹¹⁰⁾, nicht aber schon, indem festgestellt wird, der in Frage stehende Betrag sei erheblich. Das Kammergericht¹¹¹⁾ begründet seine gegenteilige Meinung damit, ändern-

109) Das sieht auch Schöne aaO S. 335 l.Sp., der bei Vorteilen nicht auf Dispositionen abstellt, sondern lediglich verlangt, daß diese "spürbar" sind.

110) Ähnliches meint wohl Schöne, WRP 1960 S. 335 mit der knappen Bemerkung, eine absolute Betrachtungsweise werde dann Platz greifen, wenn die "Interessenberührung als solche" bereits so erheblich ist, daß es einer Relativierung nicht bedürfe.

111) WuW/E OLG 392 (393) ("Exportförderung")

falls würden große Unternehmen von der Beiladung ausgeschlossen, kleine aber am Verfahren beteiligt. Es entspreche nicht dem Sinn und Zweck des § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB, die Verfahrensbeteiligung wirtschaftlich bedeutender Unternehmen zu verhindern. - Diese Folgen sind jedoch mit dem Abstellen auf die erhebliche Berührung von Individualinteressen gar nicht verbunden. Wenn man die objektive Einwirkung einer Kartellentscheidung in ihrer relativen Auswirkung auf die Individualinteressen bewertet, wird der Tatsache Rechnung getragen, daß Unternehmen mit großem Umsatz und einer weiten regionalen Verbreitung wesentlich eher von einer kartellbehördlichen Entscheidung berührt werden als kleine Unternehmen. Indem man aus dem Verhältnis von Einwirkung und Gesamtlage auf die Erheblichkeit der Interessenberührung schließt, hält man nicht die bedeutenden Unternehmen schlechthin von der Beteiligung am Verfahren fern, sondern nur solche Unternehmen, die trotz ihrer mehr oder weniger breit vorhandenen Präsenz auf dem betreffenden Markt individuell gar nicht betroffen werden.

Wann ein absolut hoher Betrag die Erheblichkeit der Berührung von Individualinteressen anzeigt, ohne in einer bestimmten prozentualen Relation zur gesamten Umsatz-Ertragslage stehen zu müssen, kann nur jeweils im Einzelfall entschieden werden. Da auf die Relativierung zur Gesamtlage verzichtet wird, ist die Berührung erheblicher Individualinteressen weniger aus der unmittelbaren Einwirkung auf den Ertrag oder Umsatz herzuleiten, eher schon mittelbar aus Veränderungen der allgemeinen Wettbewerbssituation. Entgeht beispielsweise einem beiladungsinteressierten Großunternehmen aufgrund einer Entscheidung der Kartellbehörde ein absolut hoher, aber für dessen Ertragslage unmittelbar unerheblicher Vermögensvorteil, so kann dieser nunmehr einem kleinen oder mehreren kleinen Unternehmen des betreffenden Marktes zukommen, wodurch sich - wegen der Höhe des Betrages nahe-

liegend - deren Wettbewerbssituation entscheidend derart verbessern kann, daß auf diesem Wege die Interessenberührung für das Großunternehmen zu einer erheblichen wird. In dieser eingeschränkten Funktion erscheint die absolute Betrachtungsweise als eine einigermaßen praktikable Ergänzung zur Feststellung der Erheblichkeit einer Berührung von Individualinteressen. Letztlich dürfte erst die Kombination von absoluten und relativen Kriterien zu befriedigenden Ergebnissen führen.

Die Gesichtspunkte, die für die Bestimmung erheblicher Berührung von Unternehmensinteressen dargelegt wurden, lassen sich teilweise auch auf andere Arten beiladungsrelevanter Interessen entsprechend anwenden. Insbesondere kann an die Formel angeknüpft werden, daß eine Interessenberührung dann erheblich ist, wenn der einzelne aufgrund der Einwirkung auf seine Interessen sich veranlaßt sieht umzudisponieren¹¹²⁾.

7. Bei der Ermessensausübung zu berücksichtigende Gesichtspunkte

Hat der Antragsteller einer Beiladung die Tatbestandsvoraussetzungen des § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB erfüllt, so hängt seine Verfahrensbeteiligung davon ab, ob die Kartellbehörde das ihr eingeräumte Ermessen dahin ausübt, den Beiladungsanwärter durch einen positiven Bescheid zum Verfahren hinzuzuziehen. Das der Kartellbehörde im Rahmen der Beiladungsentscheidung eingeräumte Ermessen bedeutet nicht die Freiheit zu willkürlicher Entscheidung über den Antrag, sondern - entsprechend dem im Verwaltungsrecht¹¹³⁾ entwickelten Begriff des pflichtgemäßen Ermessens - die Verpflichtung, sachliche Gesichtspunkte gegeneinander abzuwägen und den überwiegenden Gesichtspunkten gemäß

112) In Aufgreifung des oben (S. 136) angeführten Beispiels der Arbeitnehmerinteressen ist das etwa dann der Fall, wenn ein Wechsel des Arbeitsplatzes zu erwarten ist.

113) Statt aller: Forsthoff, Lehrb. § 5 (8. Aufl. S. 75).

zu entscheiden. Dabei dürfen die Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte schon deshalb nicht vernachlässigt werden, weil auch sie der gerichtlichen Nachprüfung unterliegen¹¹⁴⁾.

Bei der Abwägung im Rahmen der Beiladungsentscheidung besteht ein Spannungsverhältnis, nämlich auf der einen Seite das sowohl allgemein bestehende als auch teilweise sich in der Person der bereits am Kartellverfahren Beteiligten konkretisierende Bedürfnis danach, das Verfahren zu fördern sowie den Gang des Verfahrens hemmende Faktoren auszuschalten, auf der anderen Seite das Bestreben des Beiladungsanwärters nach der verfahrensmäßigen Geltendmachung seiner Interessen. Aus dem übergeordneten Gedanken der Förderung des Verfahrens in der Hauptsache lassen sich einzelne Gesichtspunkte ableiten. Im Vordergrund steht das Bedürfnis an der beschleunigten und zügigen Abwicklung des Verfahrens in der Hauptsache¹¹⁵⁾. Es kann sich daraus ein Argument gegen die Zuziehung Dritter zum Verfahren ergeben, wenn deren Verfahrensbeteiligung einem ökonomischen Verfahrensablauf entgegenstünde. Die Praxis fordert jedenfalls im Interesse an einer schnellen Durchführung des Verwaltungsverfahrens eine strenge Ermessensausübung¹¹⁶⁾. Als dem Verfahren dienlich kann sich dagegen eine Beteiligung solcher Personen und Personenvereinigungen auswirken, die bisher im Verfahren noch nicht vertretene Interessen geltend machen¹¹⁷⁾ oder die aufgrund ihrer Erfahrungen und Sachkunde zur sachlichen Förderung des Verfahrens besonders geeignet sind¹¹⁸⁾. Denn es entspricht dem Sinn

114) Vgl. oben S. 126

115) BKartA, WuW/E BKartA 141 ("Düngekalk"); KG, WuW/E OLG 339 (343) ("IG-Bergbau"); KG, WuW/E OLG 392 ("Exportförderung").

116) BKartA aaO; KG ("IG-Bergbau") aaO.

117) KG ("Exportförderung") aaO ordnet die Beiladung insbesondere deswegen an, weil der Antragsteller als einziger Kartellgegner auftritt.

118) Junge, GemK § 51 Anm. 14. Es ist aber zu beachten daß das nicht der einzige Grund für die Beiladung sein kann, weil die Kartellbehörde auch die Informationsmöglichkeit nach § 53 Abs. 2 GWB besitzt. Vgl. oben S. 131.

und Zweck des förmlichen Verwaltungsverfahrens, daß vor der hoheitlichen Sachentscheidung sämtliche Gesichtspunkte zur Sprache gebracht werden. Nicht vereinbar mit dem Gedanken der Förderung des Verfahrens sind Beiladungen, die zum Mißbrauch der mit der Verfahrensbeteiligung verbundenen Rechte führen. Um einen Mißbrauch handelt es sich dann, wenn die Verfahrensstellung zu Zwecken benutzt wird, die sich nicht in der Geltendmachung und Durchsetzung von Interessen im Verfahren beschränken, sondern sich darin manifestieren, daß der Beigeladene die ihm aus Verfahrensrechten zuwachsenden Vorteile außerhalb des Verfahrens nutzen kann. Hauptfall des Mißbrauchs ist die Verwertung von Kenntnissen über innerbetriebliche Vorgänge anderer Unternehmen¹¹⁹⁾. Denkbar ist auch die alleinige Benutzung der Verfahrensstellung zur Ausübung geschäftlichen Drucks¹²⁰⁾.

Zugleich muß eine Abwägung mit dem berechtigten Bestreben des Beiladungsanwärters auf Geltendmachung seiner Individualinteressen vorgenommen werden. Die Tatsache allein, daß beiladungsrelevante Individualinteressen erheblich berührt werden, ist als Tatbestandsmerkmal bereits berücksichtigt, denn sie ist ja Voraussetzung dafür, daß es überhaupt zur Ermessensausübung kommt. Soweit diese Tatsache den Tatbestand des § 51 Abs. 2 Nr. 4 GvE erfüllt, kann sie im Rahmen der Ermessensausübung nicht als Argument für eine positive Bescheidung des Beiladungsantrags dienen. Soweit sich aber aus der Art und Weise der Interessenberührung ein mehr oder weniger ausgeprägtes Bedürfnis nach der Geltendmachung der eigenen Interessen ergibt, ist die Berührung der Individualinteressen des Antragstellers der Abwägung im Rahmen

- 119) Frankf.Komm., § 51 Tr. 86; Junge, GemK § 51 Anm. 15 hält insbesondere die Erlaubniskartelle und die daran beteiligten Unternehmen gem. § 5 Abs. 2 und 3 GvB (Rationalisierung) sowie die Vertragspartner bei Erlaubnisansuchen nach § 20 Abs. 3 GvB (Erwerber und Lizenznehmer von Patenten usw.) für schutzwürdig.
- 120) Beschluß des Bkarta v. 22. Sept. 1959 (B 3 - 133/58), mitgeteilt bei Klaue S. 71; Junge, GemK § 51 Anm. 14.

der Ermessensausübung zugrunde zu legen. Denn insoweit wird nicht einfach das Tatbestandsmerkmal wiederaufgegriffen, sondern die Interessensituation des Antragstellers wird nach der Besonderheit des jeweils geltenden Falles anderen Gesichtspunkten gegenübergestellt.

Ausübung des Ermessens heißt nach alledem, die Vor- und Nachteile, die für das Kartellverfahren als solches sowie die bereits am Verfahren Beteiligten mit der Beiladung des Antragstellers verbunden sind, mit den Vor- und Nachteilen gegeneinander abzuwägen, die dem Beiladungsanwärter mit der Beiladung und der Nicht-Beiladung entstehen würden.

Bei dieser Abwägung kann es zu verschiedenartigen Interessenkollisionen kommen. Handelt es sich um eine Mehrzahl von Beiladungsanwärtern, kann der zügige Verfahrensablauf gefährdet sein. Die Zulassung zahlloser Beiladungen gar, wie sie etwa von Seiten einer durch Vertragssysteme gebundenen Unternehmensstufe angestrebt werden kann, macht ein funktionierendes Verfahren unmöglich¹²¹⁾. Es können also nur einige Anwärter beigeladen werden. Welche Antragsteller dabei vorzuziehen sind, entscheidet die Kartellbehörde - in dieser Reihenfolge - nach Stärke und Art der Interessenberührung, nach der Eignung zur Sachaufklärung, zuletzt auch nach der Priorität der Antragstellung.

Die Kartellbehörde kann also von mehreren Unternehmen, die gleichartige Interessen geltend machen, ein einzelnes bevorzugt beiladen, wenn aus dem Antrag oder sonstwie dessen besondere Eignung zum Vortrag neuer tatsächlicher und rechtlicher Gesichtspunkte ersichtlich ist. Das kann z.B. eintreten, wenn ein Verband beigeladen ist und daneben auch ein verbandsangehöriges Unternehmen beteiligt werden will. Der Beiladungsantrag des Verbandsmitglieds mag trotz gleichartiger Interessenberührung abzulehnen sein,

121) Sprenkman, GRUR 1960 S. 530 r.Sp.

weil der Verband mit der Marktübersicht und besonderen Erfahrung seiner Repräsentanten mehr zur Sachaufklärung im Verfahren beizutragen vermag. Das Unternehmen muß sich deshalb mit der Vertretung seiner Interessen durch den Verband zufrieden geben. Dagegen kann mit dieser Begründung nicht die Beiladung von Verbandsmitgliedern abgelehnt werden, die im konkreten Verfahren mit ihren Interessen gegenüber dem Verband einen gegensätzlichen Standpunkt einnehmen; denn die besondere Gestaltung der Individualinteressen ist für die Verfahrensbeteiligung stets wichtiger als die Eignung zur Sachaufklärung¹²²⁾. Auf die zeitliche Reihenfolge der Beiladungsanträge kommt es erst an, wenn die Behörde nicht feststellen kann, welche Antragsteller stärker betroffen oder besser informiert sind als andere. Bei entsprechend zahlreichen Beiladungsanträgen hat es die Kartellbehörde in der Hand, durch Ermessensausübung die Repräsentanz sämtlicher verfahrensrelevanter Interessengruppen im Verfahren zu bewirken, zugleich aber überflüssige Beiladungen zu vermeiden, die einem geordneten Verfahrensablauf nur hinderlich wären.

Im Zusammenhang mit dem Beteiligtenmißbrauch lassen sich zwei Fallgruppen unterscheiden. Wird die Beiladung bewußt erstrebt, um einen Mißbrauch herbeiführen zu können, so entscheidet die Kartellbehörde nur bei Ablehnung des Beiladungsantrags - also unabhängig von der Anzahl der sonstigen Verfahrensbeteiligten - ohne Ermessensfehler. Anders ist es, wenn zwar die Gefahr eines Mißbrauchs, etwa der Kenntnisnahme des Beiladungsanwärters von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, besteht, eine Absicht zur Erlangung der Kenntnis oder zur Verwertung der Kenntnisse ihm aber nicht nachgewiesen oder unterstellt werden kann. Hier hat die Kartellbehörde pflichtgemäß abzuwägen, ob eine Beiladung den Hauptbeteiligten unzumutbar ist oder ob das Interesse des Antragstellers

122) Vgl. oben S. 28 f, 130 f

dasjenige der Hauptbeteiligten an der Geheimhaltung überwiegt. Dabei kann die Anzahl der Beiladungsanwärter wiederum von ausschlaggebender Bedeutung sein.

8. Führt Art. 19 Abs. 4 GG in bestimmten Fällen zur Einschränkung des Ermessens?

Die zur Ermessensausübung angeführten Gesichtspunkte wären unvollständig, wenn die durch Art. 19 Abs. 4 GG garantierte Klagebefugnis zur Verfahrensbeteiligung bestimmter Personen durch Beiladung zwingend nötigt. Eine solche Konsequenz könnte sich deshalb ergeben, weil die Legitimation zur Anfechtung kartellbehördlicher Entscheidungen im Beschwerdewege auf die am Kartellverfahren Beteiligten beschränkt ist.^{122a)} Stellt sich nun heraus, daß der Kreis der zur Beschwerdeeinlegung Legitimierten enger als derjenige ist, dem durch die Verfassung der Rechtsweg gegen die Entscheidungen der Kartellbehörde in der Hauptsache garantiert wird, erscheint möglicherweise die Einbeziehung dieser in den Kreis der Verfahrensbeteiligten geboten. Diesem Gebot könnte man durch Einschränkung des Ermessensrahmens nachkommen, und zwar derart, daß die Kartellbehörde mindestens zur Beiladung solcher Antragsteller verpflichtet wäre, die als sachliche Voraussetzung ihrer Beiladung die Beeinträchtigung ihrer Rechtsstellung durch hoheitliche Tätigkeit im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG geltend machen¹²³⁾.

Die weitere Erörterung einer derartigen Ermessenseinschränkung würde voraussetzen, daß sich solche Personen auf Art. 19 Abs. 4 GG berufen können, die nicht schon automatisch gem. § 51 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 GWB am Kartellverfahren beteiligt sind, d.h. Rechtsbeeinträchtigungen von Drittpersonen müssen überhaupt denkbar sein.

123) Verfassungskonforme Auslegung im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG wird z.B. vom Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung BVerfGE 15, 275 (282) und vom Bundesgerichtshof in der Entscheidung WuW/E BGH 907 (908) ("Fensterglas VI") praktiziert.

122a) Vgl. im einzelnen dazu unten S. 213 f.

Art. 19 Abs. 4 GG setzt voraus¹²⁴⁾, daß eine Rechtsverletzung durch die öffentliche Gewalt erfolgt, daß die Rechtsverletzung ein subjektives Recht¹²⁵⁾ beeinträchtigt und daß es sich um eigene Rechte desjenigen handelt, der sich auf die Rechtsschutzgarantie beruft. Die den Gegenstand des Kartellverfahrens bildende Entscheidung muß also eigene Rechte des Drittinteressenten beeinträchtigen oder beeinträchtigen können.

Kartellbehördliche Eingriffe in Rechte sind zunächst in Verfahren denkbar, die sich gegen wettbewerbsbeschränkendes Verhalten und gegen die Verursacher solcher Verhaltensweisen richten. Die Verursacher selbst sind aber bereits gem. § 51 Abs. 2 Nr. 2 GWB am Kartellverfahren beteiligt und als solche zur Beschwerdeeinlegung legitimiert, so daß Art. 19 Abs. 4 GG für sie nicht bemüht zu werden braucht. Aber auch in Verfahren, in denen die Kartellbehörde ihre Erlaubnis zu kartellmäßigem Verhalten erteilt, können Rechte beeinträchtigt werden. Zwar bedeutet die Erlaubnis für die Antragsteller dieser Verfahren eine Begünstigung und keine Beeinträchtigung. Für die Kartellgegner aber liegt darin möglicherweise eine Beeinträchtigung ihrer vom GWB geschützten Rechte. Als Grundlage eines Rechts, in welches die Erlaubnisentscheidung eingreifen würde, wird etwa der den Kartellgegnern durch § 35 GWB zugesprochene privatrechtliche Individualanspruch angesehen¹²⁶⁾. Diese Norm gewähre in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 GWB den Kartellgegnern gegen unerlaubte Kartellpraxis Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche. In dem Augenblick, in dem die Kartell-

124) Maunz-Dürig, Art. 19 IV GG Rdn. 29; v. Mangoldt-Klein, Art. 19 Anm. VII, 1 ff (S. 569 ff).

125) Der Begriff des subjektiven Rechts des Art. 19 Abs. 4 GG schließt die sogenannten rechtlich geschützten Interessen mit ein, hM; vgl. Maunz-Dürig aaO nWn; v. Mangoldt-Klein aaO (S. 572 f); ferner oben.

126) Ausführlich Mailänder, WuW 1965 S. 657 ff, besonders S. 666 ff, 671, 680, im Hinblick auf die Legitimation zur Rechtsbeschwerde gem. § 75 GwB.

behörde ein Kartell genehmigt, schließe sie gleichzeitig diese Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche aus und bewirke damit eine Rechtsbeeinträchtigung. Diese trete stets dort ein, wo durch behördliche Verfügung die Anwendbarkeit von Normen ausgeschlossen wird, die eine generell unmittelbar schädigende Verhaltensweise verbieten und jedenfalls auch dem Schutz der Kartellgegner dienen wollen. - Man könnte sogar daran denken, auf direktem Wege aus der Genehmigung wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen die rechtliche Beeinträchtigung derjenigen herzuleiten, deren Schutz die Kartellverbotsnormen bezwecken. Diese Frage ist letztlich davon abhängig zu machen, ob, und beziehendenfalls, welche Normen des GWB den Schutz einzelner im Sinne des Begriffs des subjektiven Rechts bezwecken¹²⁷⁾.

Wenn nach alledem Rechtsbeeinträchtigungen von Drittinteressenten im Kartellverfahren möglich, zumindest nicht auszuschließen sind, fragt es sich, ob sich aus Art. 19 Abs. 4 GG für diesen Personenkreis ein Anspruch auf Beiladung herleiten läßt. Art. 19 Abs. 4 GG garantiert den Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten. Nicht ohne weiteres ergeben sich Aussagen über die Notwendigkeit, den Personenkreis des Art. 19 Abs. 4 GG am vorhergehenden Verfahren vor der Kartellbehörde zu beteiligen. Wenn aber Art. 19 Abs. 4 GG diesem Personenkreis die Klagebefugnis garantiert, so könnten sich, weil nach den Verfahrensvorschriften des GWB im Kartellverfahren Klagebefugnis und Verfahrensbeteiligung aneinander gekettet sind, daraus Anhaltspunkte für die Notwendigkeit ergeben, diese Personen am Kartellverfahren zu beteiligen.

Zunächst einmal würde es nicht genügen, daß Art. 19 Abs. 4 GG den Rechtsweg schlechthin garantiert, sondern es müßte gerade der Weg zu dem Gericht ge-

127) Vgl. dazu oben S. 95 ff und unten S. 165 ff.

sichert sein, den § 62 Abs. 2 GWB eröffnet, nämlich vor den Kartellsenat des für den Sitz der Kartellbehörde zuständigen Oberlandesgerichts (§§ 62 Abs. 4, 92 GWB). - Man könnte sich auf den Standpunkt stellen, durch § 62 Abs. 2 GWB in Verbindung mit der Beiladungsregelung, dieder Kartellbehörde eben uneingeschränktes Ermessen einräume, sei für diejenigen Personen, die nicht beigeladen sind, die Klagebefugnis ausgeschlossen; mangels anderer Zuständigkeit sei damit der normale Weg zu den ordentlichen Gerichten¹²⁸⁾ gem. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG, nicht aber derjenige zu den Kartellsenaten der Oberlandesgerichte gegeben. Oder aber man beruft sich auf die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte: weil jemand durch die hoheitliche Tätigkeit einer Verwaltungsbehörde in seinen Rechten verletzt ist, sei mangels anderer Regelung die Verwaltungsgerichtsbarkeit gem. § 40 VwGO gegeben. - Eine solche Betrachtungsweise versteht die Bedeutung des Art. 19 Abs. 4 GG jedoch zu eng. Die einschlägigen Grundsätze, die sich in Rechtsprechung und Literatur durchgesetzt haben¹²⁹⁾, weisen einen anderen weg. Danach garantiert Art. 19 Abs. 4 GG nicht nur den Rechtsweg schlechthin, sondern gerade auch zu denjenigen Gerichten, "die nach ihrem allgemeinen Aufgabenkreis, nach ihrer Sachkunde und nach ihrer Besetzung als die zuständigen Gerichte im Sinne des Art. 96 GG anzusehen sind"¹³⁰⁾. Es wird somit der Zuständigkeitsbereich des in der Verfahrensregelung des GWB vorgezeichneten Beschwerdeweges erweitert. Soweit Personen und Personengruppen durch Kartellentscheidungen in ihren Rechten beeinträchtigt werden, sichert Art. 19 Abs. 4 GG die gerichtliche Überprüfung durch die in §§ 62 Abs. 4, 92 GWB bezeichneten Gerichte.

128) Vgl. z.B. Forsthoff, Festschrift für Isay S.114 ff

129) Vgl. Maunz-Dürig, Art. 19 IV Rdn. 59, 60 mit umfangreichen Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur; richtungweisend Bachof, Vornahmeklage S. 16 f; JZ 1951 S. 739.

130) Zitat nach BFinH 1955, 283 = JZ 1951, 596, auch wiedergegeben bei Maunz-Dürig aaO.

Aus der verfassungsmäßigen Garantie der Klagebefugnis folgt nicht schon automatisch auch die Garantie der Beteiligung am vorausgehenden Verwaltungsverfahren. Wohl aber gibt es Gründe dafür, den rechtlich betroffenen Personenkreis schon zum Verfahren vor der aktiven Kartellbehörde hinzuzuziehen. Zunächst einmal geht der Wille des Gesetzgebers in diese Richtung. Wie aus dem Regierungsentwurf hervorgeht, glaubte der Gesetzgeber zunächst, die Individualrechte dadurch gesichert zu haben, daß er hinsichtlich der Beiladung auf die Berührung rechtlicher Interessen abstellte¹³¹⁾ und neben den Beteiligten des Kartellverfahrens allen denjenigen, deren "Rechte" durch die Verfügung unmittelbar beeinträchtigt werden, die Legitimation zur Beschwerdeeinlegung zugestand¹³²⁾. Der vom Bundesrat vorgeschlagenen Neufassung des § 49 Abs. 3 des Regierungsentwurfs, wonach die Beschwerde allein den am Kartellverfahren Beteiligten zustehen sollte, stimmte die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme¹³³⁾ nur unter der Bedingung zu, daß sichergestellt werde, "daß jede in ihren Rechten verletzte Person die Möglichkeit erhält, am Kartellverfahren als Beteiligter teilzunehmen"¹³⁴⁾. Daß diesem Anliegen gerade die hier erörterte Problematik zugrunde liegt, ergibt sich aus dem nachfolgenden Hinweis, daß "diese Möglichkeit schon im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG geschaffen werden" müsse¹³⁴⁾. - Allerdings glaubte man wohl, daß mit der weiten Fassung der Tatbestandsmerkmale für die Beiladung in Verbindung mit den Vorschriften des GWB über die Bekanntmachung sämtlicher, nicht nur der unanfechtbar gewordenen Verfügungen¹³⁵⁾ für die Verschaffung der Klagebefugnis an die in ihren

131) § 42 Abs. 2 Nr. 3 des Regierungsentwurfs (abgedruckt in GemK 1. Aufl. S. 1049).

132) § 49 Abs. 2 des Regierungsentwurfs (GemK 1. Aufl. S. 1050); vgl. dazu auch die Begründung zu §§ 42, 49 (GemK 1. Aufl. S. 1111, 1114).

133) Anlage 3 zu BT-Drucksache 1158 (GemK 1. Aufl. S. 1149).

134) unter Ziff. 18 (GemK 1. Aufl. S. 1152 r.Sp.).

135) Vgl. auch Stellungnahme der Bundesregierung aaO unter Ziff. 19 (GemK 1. Aufl. S. 1152).

Rechten beeinträchtigten Personen ausreichend gesorgt sei. Eine Garantie dafür, daß diese Personen auch tatsächlich am Verfahren teilnehmen, besteht allerdings nur dann, wenn das der Kartellbehörde eingeräumte Ermessen in diesen Fällen eingeschränkt wird. Aus den wiedergegebenen Materialien zum GWB kann deshalb geschlossen werden, daß der Gesetzgeber der hier vorgeschlagenen Lösung zugestimmt hätte.

Die Einschränkung des Ermessens bietet nicht nur den Vorteil, daß sie dem geäußerten Willen des Gesetzgebers gerecht wird. Sie stellt auch die einzige Möglichkeit dar, die eine Durchbrechung des § 62 Abs. 2 GWB vermeidet. Denn würde man den fraglichen Personenkreis nicht durch Beiladung am Kartellverfahren beteiligen, können nicht nur Verfahrensbeteiligte zur Beschwerdeeinlegung legitimiert sein, sondern gem. Art. 19 Abs. 4 GG daneben auch Personen, die zur Kartellbehörde in keinerlei Beziehung gebracht worden sind.

Im übrigen erscheint die Begründung der Mitwirkung Dritter am Verfahren vor der aktiven Kartellbehörde aus Art. 19 Abs. 4 GG dann keineswegs gewollt oder konstruiert, sondern geradezu folgerichtig, wenn man diese Verfassungsnorm einmal aus ihrer auf die Garantie repressiven gerichtlichen Schutzes beschränkten Bedeutung herauslöst¹³⁶⁾. Der Ausgangspunkt einer solchen Betrachtungsweise ist die Erkenntnis, daß durch Art. 19 Abs. 4 GG in erster Linie die Effektivität des Rechtsschutzes und damit zugleich die Rechtzeitigkeit seines Eingreifens gesichert wird¹³⁷⁾. Vor allem, wenn starke Individualbeeinträchtigungen drohen, legt Art. 19 Abs. 4 GG unter diesem Blickwinkel nicht nur einen repressiven, sondern im Zeichen der Effektivität und Rechtzeitigkeit einen präventiven Gürtel um sich. Auf diese Weise führt ein gerader Weg

136) Zum folgenden vgl. Lerche, ZZP Bd. 78 (1965) S. 1 ff.

137) Lerche aaO S. 17 unter Berufung auf BVerwG, DÖV 1964 S. 168 und S. 170.

von der Rechtsweggarantie zur rechtzeitigen Gewährung rechtlichen Gehörs und damit zur Teilnahme am Verwaltungsverfahren¹³⁸⁾. Sowohl die Beteiligung Dritter am Verfahren¹³⁹⁾ als auch die Frage, ob der Anspruch auf rechtliches Gehör auch Verwaltungsverfahren¹⁴⁰⁾ erfaßt, unterliegen - als verschiedene Aspekte ein und derselben Sache - der geschilderten Vorwirkung des Art. 19 Abs. 4 GG: dann nämlich, wenn nachträglicher gerichtlicher Schutz zu spät käme, d.h. wenn ohne verfahrensmäßige Mitwirkung schon beim Zustandekommen der ersten Entscheidung vollendete Tatsachen geschaffen würden, die der Richter nachträglich nicht mehr ändern könnte. Zwar würde nicht in allen Bereichen der Verwaltungstätigkeit bei einem Eingriff in die individuelle Rechtssphäre nachfolgender gerichtlicher Schutz zu spät kommen. Die Kartellverwaltungs-tätigkeit zieht aber regelmäßig besonders schwerwiegende Eingriffe nach sich. Daß der Gesetzgeber dies

138) Lerche aaO wendet sich vor allem gegen eine Überlagerung des Art. 103 GG mit Aussagen und Garantien, die in dieser Verfassungsnorm nicht enthalten seien, zugunsten einer breiteren Ausstrahlung des Art. 19 Abs. 4 GG. Vielmehr seien die beiden Normen folgendermaßen voneinander abzugrenzen (S. 19): Art. 19 Abs. 4 GG meine die effektive Eröffnung des Rechtsweges, Art. 103 GG dagegen nur, daß jeder seine Sache effektiv, also mit ausreichenden Einflußmöglichkeiten auf eine in vernünftiger Zeit erringbare gerichtliche Entscheidung verfolgen kann, sofern ihm der Rechtsweg überhaupt offensteht. Gleichzeitig verbanden sich beide Bestimmungen wieder, da aus demselben Grunde "Rechtsweg" im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG nur derjenige Weg sein könne, der eine effektive Verfolgbarkeit nach Maßgabe des Art. 103 GG ermöglicht.

Einen hiervon verschiedenen Ausgangspunkt nehmen diejenigen ein, die den Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Verwaltungsverfahren aus Art. 1 GG ableiten, wie Maunz-Dürig, Art. 103 Rdn. 92 ff v. Winterfeld, NJW 1961 S. 851. Aus der Begründung des rechtlichen Gehörs im Personenwert folge, daß der einzelne stets dann in das Verwaltungsverfahren einzuschalten und zu hören ist, wenn in seine Rechtsstellung eingegriffen wird.

139) Lerche aaO S. 23 ff

140) Lerche aaO S. 25 ff, S. 27 mwN

selbst erkannt hat, geht aus der förmlichen Ausgestaltung des Kartellverfahrens hervor sowie etwa auch daraus, daß das Wirksamwerden der Anmeldekartelle auch von einer vorverlegten Anhörung der betroffenen Wirtschaftskreise, also der Kartellgegner abhängig gemacht wird¹⁴¹⁾. Rechtzeitigen Rechtsschutzes bedürfen aber nicht nur die Gegner von Konditionen-, Rabatt- und Rationalisierungskartellen, sondern in erhöhtem Maße auch die Gegner der Erlaubniskartelle, denn deren durch §§ 35, 38 Abs. 1 GMB gewährte Rechtsmacht, gegen die faktische Befolgung unwirksamer Kartelle einzuschreiten, wäre für die gesamte Dauer einer wirksamen Erlaubniserteilung außer Kraft gesetzt¹⁴²⁾. Auch die spätere gerichtliche Aufhebung der Kartellerlaubnis würde ihnen die entfallene Rechtsmacht nicht nachträglich zurückerstatten können. Erst bei ihrer rechtzeitigen verfahrensmäßigen Mitwirkung an der Erlaubnisentscheidung wird ein rechtlicher Schutz sichergestellt, der dem drohenden Rechtsverlust angemessen ist.

Somit ist denjenigen, in deren subjektive Rechtsstellung die Kartellverwaltungsentscheidung potentiell eingreift, ein Rechtsanspruch auf Beiladung zum Verfahren zuzusprechen. Wird mit einem Beiladungsantrag ein solcher Rechtsanspruch schlüssig vorgebracht, hat die Kartellbehörde dem zu entsprechen, ohne durch Betätigung ihres Verwaltungsermessens anders entscheiden zu können.

141) Auf die vorverlegte Anhörung im Kartellverfahren verweist auch Lerche aaO S. 28.

142) Vgl. oben S. 89

§ 9. Veranlasser und Dritte als Beteiligte an Eingriffs- und Erlaubnisverfahren

I. Die Konzeption des Gesetzgebers

Die Verwaltungstätigkeit der Kartellbehörden betrifft, wie wir gesehen haben¹⁾, Veranlasser von Wettbewerbsbeschränkungen unmittelbar, hat aber auch Außenwirkungen auf Dritte, die für die Beteiligtenstellung von Bedeutung sein können. Die Erörterung der einzelnen Voraussetzungen des § 51 Abs. 2 GWB hat gezeigt, daß dieser Unterscheidung auch die gesetzgeberische Konzeption der Beteiligtenregelung entspricht: Veranlasser sind Hauptbeteiligte, Dritten soll die Nebenbeteiligung offenstehen.

Für die Eingriffsverfahren ergibt sich das aus den Beteiligungsvoraussetzungen des § 51 Abs. 2 Nr. 2 GWB. Danach steht die Hauptbeteiligung denjenigen zu, gegen die sich das Verfahren richtet. Eingriffsverfahren richten sich ausschließlich gegen Kartelle und Kartellunternehmen, gegen Unternehmen, die andere einzelvertraglich binden, und gegen marktbeherrschende Unternehmen. Dritte sind auf die übrigen Beteiligtenvoraussetzungen verwiesen, gleichgültig, ob sie vertraglich oder faktisch in ihrer Wettbewerbsfreiheit eingeschränkt sind²⁾. Die Hauptbeteiligung kraft Antrages (§ 51 Abs. 2 Nr. 1 GWB) erkennt das GWB nur den Preisgebundenen im Verfahren nach § 17 ausdrücklich zu. Dafür ist der Rahmen, den das GWB der Nebenbeteiligung durch Beiladung spannt, um so weiter, da lediglich eine Verbindung zwischen Wettbewerbsbeschränkung und der Berührung von Individualinteressen vorausgesetzt wird.

1) oben S. 43 ff, 46 ff

2) Nur die Partner von Kollektivverträgen sind als gemeinsame Veranlasser durch § 51 Abs. 2 Nr. 2 Hauptbeteiligte am Eingriffsverfahren, nicht aber die Partner von Vertikalverträgen oder die Partner mißbräuchlicher Verträge mit Kartellen und marktbeherrschenden Unternehmen.

Hauptbeteiligte in Erlaubnisverfahren sind primär die Antragsteller solcher Verfahren, die eine Freistellung von rechtlichen Sanktionen betreffen, welche das GWB ihnen als Veranlassern von Wettbewerbsbeschränkungen auferlegt. Dritte, die von der in Frage stehenden Wettbewerbsbeschränkung nachteilig betroffen sind, können grundsätzlich nur als Nebenbeteiligte gem. § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB am Verfahren teilnehmen, sofern die Kartellbehörde nach pflichtgemäßer Ermessensausübung ihre Beiladung ausspricht. Für Erlaubnisverfahren nach §§ 14, 19 und 105 GWB wird allerdings durch § 51 Abs. 2 Nr. 3 GWB der Kreis der Hauptbeteiligten automatisch um die Partner der betreffenden wettbewerbsbeschränkenden Verträge erweitert, eine Regelung, die in diesem Zusammenhang als - wenn auch unbedeutende - Durchbrechung des Grundsatzes erscheint, nach welchem die Hauptbeteiligung nur für Veranlasser von Wettbewerbsbeschränkungen vorgesehen ist.

II. Die Erweiterung der Beteiligtenstellung für die in ihren Rechten betroffenen Dritten

Die weitere Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen der Beteiligtenstellung hat dann aber ergeben³⁾, daß sich unter der geläuterten Auffassung vom subjektiven öffentlichen Recht dieser gesetzgeberische Ausgangspunkt als korrekturbedürftig erweist. Auch Dritte können, sofern sie einen Rechtsanspruch auf das Eingreifen der Kartellbehörden haben, die Verfahrenseinleitung beantragen und als Hauptbeteiligte am Kartellverfahren mitwirken. In solchen Eingriffsverfahren stehen sich dann Veranlasser gem. § 51 Abs. Nr. 2 und Dritte gem. § 51 Abs. 2 Nr. 1. als Hauptbeteiligte parteiähnlich gegenüber.

Ferner ist denjenigen, die durch eine kartellbehördliche Entscheidung in ihren subjektiven Rechten

3) Vgl. oben S. 89 ff, 91, 151 ff

nachteilig betroffen werden, ein Rechtsanspruch auf Nebenbeteiligung durch Beiladung zuzuerkennen. Die Kartellbehörde kann die Verfahrensbeteiligung Dritter in diesen Fällen nicht, wie es die Absicht des Gesetzgebers war, im Hinblick auf die Ökonomie des Verfahrens durch Ermessensausübung einschränken oder verhindern.

Bei der Bestimmung der Beteiligtenstellung ist die ursprüngliche Konzeption wie folgt zu korrigieren: Die Veranlasser relevanter Wettbewerbsbeschränkungen nehmen regelmäßig als Hauptbeteiligte an Kartellverfahren teil. Unter den Dritten sind diejenigen, deren Verfahrensbeteiligung rechtlich gesichert ist, weil die Kartellverwaltungsentscheidung sich auf ihre subjektive Rechtsstellung potentiell auswirkt, gegenüber sonstigen Interessenten hervorzuheben. Verfolgen sie ihren Rechtsanspruch auf kartellbehördliches Einschreiten, sind sie Hauptbeteiligte⁴⁾, werden sie aber in ihren subjektiven Rechten nachteilig betroffen, wirken sie als Nebenbeteiligte am Verfahren mit. Wer sonstwie an der Verwaltungssache erheblich interessiert ist, kann zum Verfahren als Nebenbeteiligter zugezogen werden, wenn die Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens dies rechtfertigt.

Während die Veranlasser von Wettbewerbsbeschränkungen verhältnismäßig leicht zu bestimmen sind⁵⁾, können individuelle Außenwirkungen der Kartellverwaltungstätigkeit auf Rechte Dritter, die durch das GWB geschützt sind, nicht auf eine einheitliche Formel gebracht werden. Vorauszusetzen ist zunächst einmal die Einsicht, daß das GWB individuelle Rechte Dritter überhaupt schützt⁶⁾. Zu dieser Überzeugung sind wir

4) Dieser Personenkreis kann sich selbstverständlich auch zu Eingriffsverfahren beiladen lassen, die die Kartellbehörde auf Antrag anderer oder von Amts wegen einleitet.

5) Sie wurden oben (S. 159) bereits bezeichnet als Kartelle, Kartellunternehmen, die bindenden Partner von Vertikalverträgen und als marktbeherrschende Unternehmen

6) Zum Streitstand vgl. oben S. 97 f.

bei der Analyse der Kartellverwaltungstätigkeit gelangt⁷⁾. Die Verwaltungsentscheidungen erschöpfen sich nicht in der unmittelbaren Einwirkung auf die Veranlasser, sondern wirken über die einzelrechtsgeschäftlichen Beziehungen der an der Wettbewerbsbeschränkung unmittelbar Beteiligten auf eine mehr oder weniger große Zahl von Teilnehmern am Wirtschaftsgeschehen. Die Umsetzung erfolgt durch das Einzelrechtsgeschäft, nicht über den Markt als die gedachte Geschäftsgesamtheit. In der herrschenden Privatrechtsordnung werden die Interessen zwischen den Privatrechtssubjekten durch frei ausgehandelte Austauschverhältnisse ausgeglichen und die Wertverhältnisse zwischen den einzelnen Gütern durch Angebot und Nachfrage über den Preis bestimmt. Der Wettbewerb ist in diesem System das entscheidende Instrument, das die gegenseitige Unabhängigkeit und Wahlfreiheit der Vertragspartner institutionell sichert⁸⁾. Ohne den individuellen Schutz des einzelnen Rechtsgeschäftspartners vor Beeinträchtigungen seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit würde das Zusammenwirken der Marktteilnehmer im allgemeinen Wettbewerbsprozeß auch nicht dem Markt als Gesamtheit und damit dem gesamtwirtschaftlichen Interesse dienen⁹⁾.

7) Vgl. oben S. 46 ff., insbes. S. 48 f.

8) Mestmäcker, JZ 1964 S. 445; Säcker, BB 1967 S. 683f. Die Funktion des Wettbewerbsschutzes versteht Säcker aaO S. 684 als rechtliche Bindung privater Macht dahin, der system- und funktionswidrigen Indienstnahme des gegenseitigen Austauschvertrages als Instrument einseitiger Leistungsbestimmung durch den marktmächtigen Vertragspartner bei Angewiesenheit des Gegners auf die Leistung entgegenzuwirken.

9) Neuerdings hat das Mestmäcker, DB 1968 S. 790 klar herausgestellt: "Der Streit, ob das GWB Individual- oder Institutionenschutz bezweckt, unterstellt als Gegensatz, was nur als Erscheinungsform des einen Problems recht verstanden werden kann." Vgl. ferner Merz, Festschrift für F. Böhm S. 258 f; E. Koch, Schadensersatz S. 23; Mailänder, Privatrechtliche Folgen S. 12, 166 und Fn. 8.

Die Durchsetzung individuell geschützter Rechte erfolgt durch eine Koordination von Verwaltungshandeln und Einzelvorgehen¹⁰⁾. Die Behörden genehmigen und beaufsichtigen das Verhalten der Unternehmen im Wettbewerb¹¹⁾ und erzwingen ein gesetzmäßiges Verhalten durch Bußen¹²⁾. Daneben stehen den einzelnen Marktbeteiligten selbständige Eingriffs- und Verteidigungsrechte zu, die teilweise ausdrücklich im Gesetz verankert sind, sich zum anderen Teil aus allgemeinen Regeln des Verwaltungs- und Zivilrechts ergeben. Durch Inanspruchnahme privater Rechtsbehelfe verfolgen sie ihre Interessen selbständig. Zugleich sind sie berechtigt, das Verwaltungshandeln durch Anträge, Anzeigen, Mitsprache im Verfahren und Herbeiführung gerichtlicher Kontrolle zu beeinflussen. Die beiden Wege des Selbstschutzes schließen sich nicht aus¹³⁾. Sie überschneiden sich zuweilen sogar, dann nämlich, wenn private Klageansprüche von der Einwirkung behördlichen Handelns abhängen. Eine Erlaubnisentscheidung kann bestimmten Marktbeteiligten private Rechtsbehelfe gegen die Partner des erlaubten Vertrages abschneiden; umgekehrt ist es möglich, daß eine Aufsichtsverfügung jemandem die Geltendmachung privater Ansprüche ermöglicht. Die Gläubiger solcher privaten Ansprüche können sich - entweder als Antragsteller¹⁴⁾ oder als zwingend Beizuladende¹⁵⁾ - am Verfahren in jedem Falle beteiligen. Die Grundlage ihres privaten Rechtsanspruchs und ihrer Beteiligtenstellung ist dieselbe vom GWB geschützte Rechtsposition. In anderen Fällen wiederum können Marktbetei-

10) Vgl. Mailänder, Privatrechtliche Folgen S. 10.

11) durch Verwaltungsmaßnahmen

12) durch Bußgeldverfügungen

13) Umgekehrt gibt § 90 GWB den Kartellbehörden Gelegenheit, an bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit Kartellfragen teilzunehmen. Darauf weist auch Mailänder hin aaO S. 10 Fn. 31.

14) Vgl. oben S. 89 ff., 99

15) Vgl. oben S. 151 ff., 158

lichte ihre Rechte durch Privatklage durchsetzen, ohne daß es einer vorausgehenden Verwaltungsentscheidung bedarf. Dennoch können Rechte geschützt sein, die die Verfahrensbeteiligung einzelner Marktbeteiligter fordern.

Damit stellt sich die Frage, wessen Schutz im jeweiligen Verfahren bezweckt ist. Das kann, was nach dem vorher Gesagten selbstverständlich ist, nicht pauschal für die Gesamtheit der Angehörigen einer bestimmten Marktstufe vorhergesagt werden. Die Gestaltung der Geschäftsbeziehungen hängt für das einzelne Unternehmen jeweils von den besonderen Bedingungen des Marktes und seiner Stellung im Verhältnis zu seinen Marktpartnern ab. Je weniger Unternehmen vertreten sind und je stärker ihre Stellung ist, desto intensiver ist die gegenseitige Abhängigkeit der wirtschaftlichen Handlungsfreiheiten der in Beziehungen stehenden Unternehmen. Folglich bedürfen sie dann auch in stärkerem Maße des rechtlichen Schutzes, den das GWB gewährt. Die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Marktstufe muß also immer im Zusammenhang mit den tatsächlichen Bedingungen des Marktes gesehen werden.

Für die Angehörigen welcher Marktstufen kommt nun am ehesten eine Beeinträchtigung individuell geschützter Rechtspositionen in Betracht? Zuerst müssen die Unternehmen genannt werden, die, vor- oder nachgelagerten Stufen angehörend, als Einzelrechtsgeschäftspartner¹⁶⁾ von Kartellen, Unternehmen, marktbeherrschenden Unternehmen und vertikal bindenden oder gebundenen Unternehmen in Erscheinung treten können.

In einigen Fällen stellen die materiellen Vorschriften deutlich ab auf die einzelrechtsgeschäftliche Stellung der Angehörigen der Marktgegen-

16) Konkret: Als Lieferanten oder Kunden, wobei die Lieferanten in der Funktion von Produzenten, Zwischenproduzenten oder Zwischenhändlern und die Kunden als Zwischenproduzenten, Zwischenhändler oder Letztverbraucher Geschäfte tätigen.

seite¹⁷⁾. Zum Beispiel kommt es nach § 3 Abs. 1 GWB auf die Gestaltung der Rabatte an, die die Kartellunternehmen ihren Geschäften mit Angehörigen bestimmter Wirtschaftsstufen zugrunde legen wollen. Ein anderes Beispiel bietet § 20 Abs. 3 GWB: Die Erlaubnis zu Beschränkungen in Lizenzverträgen, die über den Inhalt des Schutzrechts hinausgehen, darf schon dann nicht erteilt werden, wenn die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Erwerbers oder Lizenznehmers oder anderer Unternehmen unbillig eingeschränkt wird. Der Erwerber oder Lizenznehmer, der zum Erlaubnisverfahren beigelegt zu werden begehrt und mit seinem Beiladungsantrag eine unbillige Einschränkung seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit vorträgt, macht damit eine Beeinträchtigung seiner vom GWB geschützten Rechtsposition geltend. Hingewiesen sei auch auf die erste Alternative des § 18 GWB, der dasjenige Unternehmen, das mit dem vertraglich Gebundenen in rechtsgeschäftliche Beziehungen zu treten beabsichtigt, vor unbilliger Verhinderung der Aufnahme dieser Beziehungen schützen will. Das eigentliche Ziel des § 18 GWB ist der möglichst unbeschränkte Zugang der potentiellen Rechtsgeschäftspartner (Lieferanten oder Abnehmer) des Gebundenen zur Aufnahme von Geschäftsbeziehungen¹⁸⁾. Dahinter tritt der Schutz der vertraglich Gebundenen selbst zurück. Diese sind die sie möglicherweise beschwerende Bindung freiwillig eingegangen. Auf die Einschränkung ihrer Handlungsfreiheit kommt es nach der Novellierung des § 18 GWB¹⁹⁾

17) Hier interessieren nur die Vorschriften, die Grundlage der Beteiligung Dritter am Verwaltungsverfahren sein können. Deshalb bleiben etwa die §§ 25, 26 GWB außer Betracht, deren Schutzgesetzcharakter offensichtlich ist. - Ebenso werden die Vorschriften mit Schutzgesetzcharakter hier nicht erwähnt, die den Geschützten die Beteiligtenstellung ausdrücklich einräumen, wie z.B. §§ 27 iVm 51 Abs. 2 Nr. 1 und 14 iVm 51 Abs. 2 Nr. 3 GWB.

18) Schwartz, GemK Nachtrag zur 2. Aufl. § 18 Anm. 1

19) Zur Entstehungsgeschichte des § 18 aF vgl. oben S. 93 Fn. 56.

nur noch an, wenn dadurch zugleich der Zugang zu einem Markt für andere Unternehmen unbillig beschränkt oder allgemein der Wettbewerb auf dem Markt wesentlich beeinträchtigt wird. Wie in der Begründung zum Regierungsentwurf der Novelle 1965 ausgeführt wird²⁰⁾, soll der Schutz vor unbilligen Beschränkungen der Gebundenen, soweit nicht andere Vorschriften des GWB (z.B. § 22 Abs. 3) eingreifen, dem bürgerlichen Recht überlassen bleiben. Einer Einschaltung der Kartellbehörden bedarf es danach nicht in Fällen, in denen ein Vertragspartner die Aufhebung der Bindung wegen einer seiner Ansicht nach unbilligen Beschränkung seiner wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten begehrt²¹⁾. Ein eventueller privatrechtlicher Schadensersatz oder Unterlassungsanspruch besteht unabhängig vom Vorgehen der Kartellbehörde. Der im Sinne des § 18 GWB vertraglich Gebundene kann sich demnach nicht auf den Schutzzweck dieser Norm berufen. Anders als die ausgeschlossenen Unternehmen vermag er die Einleitung eines Verfahrens zur Unwirksamklärung der Ausschließlichkeitsbindung nicht antragsmäßig herbeizuführen, er ist auf die Beiladung zum Verfahren nach § 18 GWB beschränkt.

Allerdings braucht der individuelle Schutzzweck nicht jeweils in der materiellen Ermächtigungsnorm ausdrücklich hervorgehoben zu sein. Ganz allgemein ist der Schutz des Wettbewerbs notwendig verbunden mit einem Schutz der Auswahlfreiheit für Kunden und Lieferanten²²⁾. Je mehr sich die Kartellbeteiligten,

20) Einzelbegründung zu § 18, abgedruckt in GemK Nachtrag zur 2. Aufl. S. 138. - Der Wirtschaftsausschuß schloß sich dem in seiner Mehrheit an. Vgl. Bericht, abgedruckt ebendort.

21) Im Schriftlichen Bericht des Wirtschaftsausschusses (vgl. Fn. 20) wird ausgeführt, daß eine Minderheit am Schutz der Vertragsbeteiligten festhalten wollte, weil sie befürchtete, daß der wirtschaftlich Schwächere in der Regel das gerichtliche Verfahren kaum wird durchstehen können.

22) B, Koch aaO S. 22

Vertikalvertragspartner und marktbeherrschenden Unternehmen, deren Verhältnis zu ihren Kunden und Lieferanten im Verfahren verhandelt wird, einer Monopolstellung annähern, desto eher ist den Kunden und Lieferanten der rechtliche Schutz des GWB zuzuerkennen; denn mit wachsender Marktmacht der Kartellunternehmen usw. sind sie deren Diktat unterworfen, vor dem sie das Gesetz bewahren will.

Außer den Lieferanten und Kunden können sich auch die Wettbewerber/Außenseiter auf vom GWB geschützte Rechtspositionen berufen. Die Wettbewerbsbeschränkungen wirken sich auch auf deren Freiheit in der Gestaltung der Geschäftsbedingungen mit ihren Kunden und Lieferanten aus²³⁾. Denn in bestimmten Situationen sind sie gehindert, angesichts eines drohenden Vernichtungswettbewerbs mit günstigeren Angeboten ihren Marktanteil zu verbessern. Soweit das GWB die Bildung wirtschaftlicher Macht präventiv verhindern will, ist auch der rechtliche Schutz der faktischen wettbewerblichen Einzelposition auf dem Markt bezweckt. Wenn Kartelle vom Verbot des § 1 GWB in Erlaubnis- oder Widerspruchsverfahren befreit werden, hat die entscheidende Behörde dabei auch in Rechnung zu stellen, daß Wettbewerber möglicherweise dem Markteinfluß der Kartellbeteiligten in einem vom GWB mißbilligten Maße unterworfen werden.

Aber auch die Mißbrauchsaufsicht über Kartelle und marktbeherrschende Unternehmen²⁴⁾ kann den Schutz von Wettbewerbern bezwecken. Denn der Mißbrauch besteht zuweilen gerade im Fernhalten der Wettbewerber von Geschäftsbeziehungen mit Kunden und Lieferanten. Wenn ein Wettbewerber dartut, daß ein Kartell oder marktbeherrschendes Unternehmen ihm den Zugang zur Aufnahme von Geschäftsbeziehungen durch Machtmißbrauch unzulässigerweise erschwert oder unmöglich macht, kann

23) Vgl. oben S. 51, 54, 56

24) Für die Mißbrauchsaufsicht über vertikale Wettbewerbsbeschränkungen wurde das bereits oben S. 165 f. bejaht für die Kunden und Lieferanten der vertraglich Gebundenen, die ja aus der Sicht des bindenden Unternehmens Wettbewerber sind.

er sich auch im Zusammenhang mit der Beteiligtenstellung auf die Beeinträchtigung seiner vom GWB geschützten individuellen Rechtsposition berufen²⁵⁾.

Mit der rechtlichen Absicherung der Beteiligtenstellung für Dritte, die die Verwaltungsentscheidung in ihren geschützten Rechtspositionen berührt, wird zunächst einmal das Verwaltungsrecht des GWB mit der Weiterentwicklung des Begriffs des subjektiven öffentlichen Rechts in Einklang gebracht. Zugleich schließt sich damit aber auch eine Lücke im System der Teilnahme Privater an der Durchsetzung des GWB. Gesetzgeber, Entscheidungspraxis und Kommentarliteratur haben bisher ganz überwiegend diese Lücke nicht erkannt oder die gesicherte Präsenz der Gegner wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen im Verfahren vor den Kartellbehörden für nicht erforderlich oder de lege lata für unmöglich erachtet. Es wird sogar in Kauf genommen, daß Dritten die Verfahrensbeteiligung versagt werden kann, wenn der Erfolg privater Klageansprüche von der Verwaltungsentscheidung abhängt. Um diese Praxis zugunsten der in ihren Rechten betroffenen Dritten aufzugeben, braucht aber die gesetzliche Beteiligtenregelung nicht notwendig geändert zu werden²⁶⁾. Die Einschränkung des Beiladungsermessens und die Erweiterung der Antragsrechte garantieren im Rahmen der §§ 51 ff GWB die Einflußnahme der "Gegenpartei" auf das Zustandekommen der Verwaltungsentscheidung. Damit wird die Entscheidungsvorbereitung aus der Enge des Verhältnisses zwischen Behörde und Veranlassern gelöst und dem sachlichen Vorbringen und den formellen Verfahrenshandlungen der Gegenseite

25) Ein Beispiel: Die Veranstalter einer führenden Fachmesse schließen einen Hersteller von der Messe aus, weil er Einzelhändler unter Umgehung des Großhandels direkt beliefert.

26) Allerdings wäre zumindest eine klarstellende Änderung zu begrüßen. - Ob eine automatische Verfahrensbeteiligung für die in ihren Rechten Betroffenen, unabhängig von formellen Handlungen wie Antragstellung und Beiladungsbescheid, gewinnbringend wäre, erscheint angesichts der klarstellenden Funktion von Verfahrenshandlungen zweifelhaft. Vgl. dazu oben S. 64.

ausgesetzt. Die erweiterte Teilnahme an Kartellverfahren wird, so darf erwartet werden, die Schaffung rechtmäßiger und zweckmäßiger Verwaltungsentscheidungen fördern, die praktischen Möglichkeiten des Selbstschutzes von Marktteilnehmern vermehren und insgesamt die Funktionsfähigkeit der Kartellverwaltung verbessern.

III. Die Beteiligung sonstiger Interessenten

Für die Verfahrensbeteiligung sind schließlich noch die Außenwirkungen relevant, die über die Kunden, Lieferanten und Wettbewerber hinaus einzelne Interessenten beeinflussen. Die Wettbewerbsbeschränkung und die sie betreffende Verwaltungsentscheidung kann, wie angedeutet wurde²⁷⁾, für Angehörige der Stufen, die der Marktgegenseite vor- oder nachgelagert sind, von Bedeutung sein, aber auch wiederum für deren Geschäftspartner usw. Zuletzt interessiert sie den Staatsbürger als Verbraucher und Exponenten des Gemeinwohls. In der Regel ist die Außenwirkung einer Verwaltungsentscheidung schon dann im Sinne einer Beeinflussung des "Marktes" anonymisiert, wenn sie über die Wettbewerber und die Angehörigen der Marktgegenseite hinausgeht²⁸⁾. Wohl sind möglicherweise individuelle Vor- oder Nachteile feststellbar. Beispielsweise beschert das mißbräuchliche Preisgeben eines marktbeherrschenden Konsumgüterproduzenten, dessen Zwischenhändler die Preiserhöhungen weitergeben, den Verbrauchern überhöhte Preise. Das GWB bezweckt aber nicht den individuellen Schutz von Verbrauchern, geschützt ist hier lediglich das Interesse der Allgemeinheit an nichtüberhöhten Konsumgüterpreisen. Derartige wirtschaftliche Nachteile müssen in diesem Zusammenhang deutlich von Außenwirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung unterschieden werden, welche Teilnehmer am Wirt-

27) Oben S. 57 f

28) In diesem Bereich ist die Einschaltung von Verbänden von besonderer Bedeutung, weil Verbände eine Vielzahl von Einzelinteressen zusammenfassen und einheitlich im Verfahren artikulieren können.

schaftsleben ihrerseits in der freien Entfaltung ihrer wettbewerblichen Möglichkeiten beeinträchtigen. Der Schutz der volkswirtschaftlichen Vorteile des unbeschränkten Wettbewerbsprozesses ist allgemeiner Art. Vorteile, die einem einzelnen aus dem volkswirtschaftlichen Nutzen des freien Wettbewerbs erwachsen, sind nur Reflexe des allgemeinen Schutzzwecks. Der individuelle Schutzzweck des GWB beschränkt sich auf die Erhaltung der freien wirtschaftlichen Betätigung. Eine Wettbewerbsbeschränkung beeinträchtigt jedenfalls in der Regel²⁹⁾ nur die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit von Wettbewerbern, Kunden und Lieferanten, das aber auch nur unter besonderen tatsächlichen Bedingungen.

Wer nun lediglich in seinen wirtschaftlichen oder sonstigen Interessen von der Wettbewerbsbeschränkung und der sie betreffenden Kartellverwaltungsentscheidung berührt wird, kann sich beiladen lassen. Auf eine Differenzierung des in Betracht kommenden Personenkreises soll verzichtet werden, weil jede Außenwirkung ihrer Art nach ausreicht. Im Einzelfall wird die Abgrenzung durch Anwenden der formellen und sachlichen Beiladungsvoraussetzungen im Zusammenhang mit den maßgeblichen materiellen GWB-Normen herbeigeführt.

Ob eine Beiladung erfolgt, entscheidet die Kartellbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen. Im Hinblick auf das Erfordernis der Ermessenseinschränkung zugunsten der in ihren Rechten betroffenen Dritten könnte die Frage gestellt werden, ob sich nicht die gesamte Beteiligtenfrage vereinfachen ließe, indem man generell auf die Zuerkennung des behördlichen Ermessens verzichtet. Die Einschränkung des Beiladungsermessens ist erforderlich, weil die Beteiligtenregelung des § 51 Abs. 2 GWB die automatische Verfahrensbeteiligung den in ihren Rechten betroffenen Dritten vorent-

29) Nur ausnahmsweise werden auch deren Kunden wiederum in ihrer wirtschaftlichen Entschlüßungsfreiheit von der durch die Wettbewerbsbeschränkung veränderten Ausgestaltung der Verhältnisse auf dem Markt abhängen. Lukes, Festschrift für F.Böhm, S. 211 hält das immerhin für möglich.

hält und deshalb deren Mitwirkung durch einen Rechtsanspruch auf Beiladung sichergestellt werden muß. Für alle übrigen Drittinteressenten aber kann auf das Beiladungsersinnen nicht verzichtet werden. Denn der Kreis der Beiladungsanwärter ist erheblich weiter gezogen als die Gruppe derer, die sich auf die Berührung ihrer subjektiven Rechtsstellung berufen können. Einbezogen sind sämtliche Träger von Interessen, deren Berücksichtigung im jeweiligen Verwaltungsverfahren denkbar ist. Das können Interessen von Unternehmen sein, aber auch von Verbrauchern und Arbeitnehmern oder sonstige sozialen, kulturellen oder wissenschaftlichen Interessen. Die unbeschränkte Beiladung eines so weit gespannten Kreises ließe sich ohne Frage aus praktischen Gründen nicht realisieren. Erst die Kombination von großzügiger Zuerkennung der sachlichen Beiladungsvoraussetzungen und behördlichem Beiladungsersinnen ermöglicht es, in den verschiedenartigen Kartellverfahren die Bedürfnisse nach individuellem Rechtsschutz, optimaler Sachverhaltsaufklärung und ungehindertem Verfahrensablauf miteinander in Einklang zu bringen. Einerseits brauchen die Kartellbehörden demnach in Verwaltungssachen, in denen auch andere Gesichtspunkte als die des freien Wettbewerbs von Bedeutung sind, die Träger solcher Interessen nicht vom Verfahren auszuschließen. Auf der anderen Seite ist die Beiladung aber nicht unausweichlich. Sie mag beispielsweise abgelehnt werden, wenn die geltend gemachten Interessen bereits im Verfahren durch Beteiligte repräsentiert oder aufgrund sonstiger Anhörung zur Sprache gebracht werden. Bei sachgemäßer Ermessensausübung können die Kartellbehörden trotz eines großen Kreises von Beiladungsanwärtern somit verhindern, daß Drittinteressierte das Kartellverfahren "überschwemmen" und eine verfahrensmäßige Behandlung der Verwaltungssache blockieren.

§ 10. Die Beteiligung staatlicher Stellen an Kartellverfahren

I. Die Beteiligung des Bundeskartellamtes an Ver- fahren vor den Landeskartellbehörden gemäß § 51 Abs. 3 GWB

Als Besonderheit der Beteiligtenstellung des Bundeskartellamtes in den Verfahren vor den Landeskartellbehörden wurde bereits hervorgehoben¹⁾, daß diese an keinerlei formale oder materielle Merkmale geknüpft ist. Die Verfahrensbeteiligung des Bundeskartellamtes tritt automatisch kraft Gesetzes ein, sobald eine Landeskartellbehörde ein Verfahren eingeleitet hat, und dauert so lange an, bis das Verfahren förmlich abgeschlossen wird.

Eine strikte Verpflichtung des Amtes dahin, das Verfahren vor den Landeskartellbehörden in jedem einzelnen Falle durch Ausschöpfung der Mitwirkungs- und Rechtsmittelrechte im Sinne der gesetzgeberischen Absicht zu beeinflussen, begründet § 51 Abs. 3 GWB jedoch nicht. Wenn das Bundeskartellamt gem. § 45 Abs. 2 GWB von der Einleitung eines Verfahrens vor einer Landeskartellbehörde erfährt, liegt es - nicht anders als bei den anderen Verfahrensbeteiligten - in seinem Ermessen, je nach der Bedeutung und Tragweite des Falles und der Gefahr einer abweichenden landesbehördlichen Entscheidung²⁾ darüber zu befinden, ob es seine Beteiligtenstellung tatsächlich ausschöpft.

1) Vgl. oben S. 64 f

2) In der Verwaltungssache LKartB NRW, WuW/E LKartB 63 (65 f) ("Fliesenregeln") hat das BKartA in einer mündlichen und mehreren schriftlichen Stellungnahmen, Anregungen und Äußerungen auf das Verfahren vor einer LKartB Einfluß genommen. Wie aus der Begründung der Verwaltungsentscheidung hervorgeht, war die LKartB im Hinblick auf die Herbeiführung einer bundeseinheitlichen Entscheidungspraxis besonders bemüht, der Auffassung des BKartA zu folgen. In dem Verfahren ging es um die Eintragung von Wettbewerbsregeln eines Landesverbandes. Durch
(Forts.: S. 173)

II. Die Beteiligung von Landeskartellbehörden an Kartellverfahren

Ist umgekehrt auch die Beteiligung von Landeskartellbehörden an Kartellverfahren möglich? Was die Beteiligung an Verfahren anderer Landeskartellbehörden angeht, muß diese Frage von vornherein verneint werden. Denn es ist gar nicht denkbar, daß eine Landeskartellbehörde für die Verhandlung einer Verwaltungsangelegenheit zuständig ist, die auch ein anderes Bundesland berührt. Gem. § 44 Abs. 1 Nr. 1 d GWB ist jeweils das Bundeskartellamt zuständig, wenn die Wirkung der Wettbewerbsbeschränkung über das Gebiet eines Landes hinausreicht³⁾.

Dagegen sind einzelne Landeskartellbehörden meistens an Verwaltungsangelegenheiten interessiert, die in die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes fallen, weil sich die Wettbewerbsbeschränkung im Gebiet ihres Landes auswirkt. Insbesondere wenn die Veranlasser, für die die Wettbewerbsbeschränkung wirtschaftliche Vorteile bringt, im Bundesland A ihren Sitz haben, die nachteilige Außenwirkung aber Unternehmen des Bundeslandes B trifft, ist regelmäßig die Landeskartellbehörde des nachteilig betroffenen Landes B daran interessiert, am Verwaltungsverfahren vor dem Bundeskartellamt teilzunehmen, um es mit den Beteiligten-

-) (Forts.) die Eintragung regional geltender Wettbewerbsregeln bestand die Gefahr, "daß diese Regeln zur Vorbereitung weiterer regionaler Wettbewerbsregeln der gleichen Wirtschaftsstufe und Wirtschaftsorganisationen dienen können und damit die Möglichkeit zu unterschiedlichen Wettbewerbsregeln in den einzelnen Bundesländern einschließen". Über die Beteiligung des BKartA an einem Erlaubnisverfahren nach § 5 Abs. 2 und 3 vor der Hessischen LKartB wird im Jahresbericht 1964 S. 18 berichtet.
-) es sei denn, die Wirkung reicht nur ganz geringfügig über die Landesgrenze hinaus, vgl. LKartB NRW, WuW/E LKartB 63 (65) ("Fliesenregeln") und Langen, § 44 Anm. 2 mit weiteren Entscheidungsnachweisen.

rechten⁴⁾ in ihrem Sinne beeinflussen zu können. Häufig ist die Landeskartellbehörde auch bestrebt, die Verwaltungszuständigkeit für sich in Anspruch zu nehmen⁵⁾.

Keine Bedenken gegen die Verfahrensbeteiligung der Landeskartellbehörden ergeben sich aus dem Erfordernis der Beteiligtenfähigkeit⁶⁾. Darüber hinaus müßte sich auch ihre Beteiligtenstellung begründen lassen. Da § 51 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 GWB die Hauptbeteiligung nur für Marktteilnehmer vorsieht und § 51 Abs. 3 ausschließlich das Bundeskartellamt betrifft, ist allenfalls die Beiladung zum Verfahren gem. § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB zu erwägen.

Indes sind die Landeskartellbehörden keine "Personen und Personenvereinigungen, deren Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden"⁷⁾. Der Begriff "Personen und Personenvereinigungen", der eine Ausdehnung der Beteiligten über "Kartelle, Unternehmen, Wirtschafts- und Berufsvereinigungen" hinaus bewirkt, erscheint in diesem Zusammenhang als Ausnahme und ist deshalb⁸⁾ einer erweiterten Auslegung, die auch Behörden miteinbezieht, nicht zugänglich.

Als Argument für die Beiladungsfähigkeit der Landeskartellbehörden wird angeführt⁹⁾, sie seien ange-

4) Eine weitergehende Einflußnahme wie etwa die Teilnahme an den Beratungen der Beschlußabteilung des Amtes kommt wegen der zwingenden Zuständigkeitsregelung des § 44 GWB gar nicht erst in Betracht.

5) etwa weil die über ihr Land hinausgehende Marktbeeinflussung nur gering ist.

6) Vgl. oben S. 37

7) Im Hinblick darauf wird die Beiladung der Landeskartellbehörden abgelehnt von Rasch-Westrick, § 51 Anm. 24; Frankf.Komm., § 51 Tz. 76.

8) Diese Auslegungsregel wird z.B. vom Reichsgericht in RGZ 153, 23 und vom Bundesgerichtshof in BGHZ 2, 244; 4, 222; 11, 143 vertreten. Einschränkend Larenz, Methodenlehre S. 260 f: Nur bei Durchbrechung eines allgemeinen Rechtsprinzips, die nur für genau umschriebene Fälle angeordnet ist, dürfe man die Ausnahmebestimmung nicht in einem weiteren Sinn auslegen, als durch den erkennbaren Zweck des Gesetzgebers gefordert ist; eine analoge Anwendung sei dann unstatthaft.

9) Müller-Gries (1.Aufl.) § 51 Anm. 8; Reimann, WRP 1958 S. 12

sichts des § 51 Abs. 3 GWB gegenüber dem Bundeskartellamt benachteiligt, insbesondere müsse die Landeskartellbehörde als Beteiligte - wie umgekehrt das Bundeskartellamt in Verfahren vor den Landeskartellbehörden - zur Erhebung der Unzuständigkeitsrüge nach § 52 GWB befugt sein.

In der Tat ist das Fehlen eines Rechtsbehelfs zur Überprüfung der zuweilen schwierigen, fast immer mit Problemen der Marktabgrenzung verbundenen¹⁰⁾ Zuständigkeitsfrage ein echter Mangel. Man kann darin entweder eine gezielte gesetzliche Benachteiligung der Landeskartellbehörden sehen, die jedenfalls bis zu einer Gesetzesänderung hinzunehmen ist. Oder aber man wertet diesen Mangel als eine durch Auslegung zu ergänzende Lücke im Gesetz. Aber auch die ergänzende Gesetzesauslegung führt nicht zur Beteiligtenstellung der Landeskartellbehörden durch Beiladung. Rasch-Westrick¹¹⁾ weisen zu Recht darauf hin, daß die Belange der Landeskartellbehörden ausreichend berücksichtigt sind, wenn ihnen lediglich die Befugnis zur Zuständigkeitsrüge entsprechend § 52 GWB gewährt wird.

Über die Mittel zur Sicherung ihres Zuständigkeitsbereichs bedürfen sie keiner weiteren Beteiligtenrechte. Das folgt aus dem Sinn und Zweck einer Regelung, die die sachlichen Zuständigkeiten zur Ausübung der Kartellverwaltungsbefugnisse auf Landeskartellbehörden und Bundeskartellamt aufteilt. Die Zuerkennung der Beteiligtenstellung für das Bundeskartellamt (§ 51 Abs. 3) gründet auf dessen Eignung und Aufgabe, für die Einheitlichkeit der Kartellpolitik zu sorgen. Auf diese oder eine ähnliche Funktion können sich die Landeskartellbehörden ihrerseits nicht berufen. Die Beteiligtenstellung steht ihnen deshalb nicht zu und braucht ihnen auch de lege ferenda nicht zuerkannt zu werden.

10) Junge, GemK § 44 Anm. 8

11) § 45 Anm. 11, 12

III. Die Beteiligung weiterer staatlicher Stellen an Kartellverfahren

Die Beteiligung anderer, nicht mit der Wahrnehmung von Kartellsachen betrauter staatlicher Stellen an Kartellverfahren scheint nach dem Vorhergesagten daran zu scheitern, daß das GWB Behörden die Beteiligtenstellung versagt. Ein weiterer gewichtiger Grund für die Ausschließung von Behörden ist der Grundsatz der Einheitlichkeit der Verwaltung¹²⁾. Danach ist die Beteiligung ein und derselben Rechtsperson durch mehrere verschiedene Behörden unzulässig, wenn nicht das Gesetz ausdrücklich etwas anderes bestimmt¹³⁾. Denn die bereits beteiligte Behörde nimmt die einheitlichen Interessen der einen Körperschaft im Verfahren wahr. Notfalls kann sie von der gemeinsam vorgesetzten Behörde dazu im Wege der Weisungserteilung gezwungen werden.

In der Anwendung auf das Kartellverfahrensrecht ist damit ein weiteres Hindernis für die Beteiligung von Behörden des Bundes an Verfahren vor den Landeskartellbehörden aufgerichtet: Da das Bundeskartellamt gem. § 51 Abs. 3 GWB jeweils in Vertretung des Bundes schon beteiligt ist, könnten Interessen anderer Bundesressorts vom weisungsgebundenen (§ 49 GWB) Bundeskartellamt wahrgenommen werden.

Ähnlich verhält es sich mit der Beteiligung von Landesbehörden am Verfahren vor den Landeskartellbehörden und von Bundesbehörden an Verfahren vor dem Bundeskartellamt. Zwar handelt es sich dabei nicht um Doppelbeteiligungen im strengen Sinn, sondern um die Teilnahme der Behörde einer Körperschaft am Verfahren vor der ermittelnden und entscheidenden Behörde derselben Körperschaft, konkret: um Teilnahme der Körper-

12) Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 22 I 3; Schunck-De Clerck, §§ 65, 66 VwGO unter 2 b.

13) Zum Beispiel nimmt der Vertreter des Ausgleichsfonds im Lastenausgleichsverfahren die Interessen des als Sondervermögen geführten Lastenausgleichsfonds (§ 5 LastenausglG) wahr (§ 316 LAG).
Vgl. ferner: § 63 Nr. 4 VwGO.

schaft am Verfahren vor sich selbst. Dem steht der Grundsatz der Verwaltungseinheitlichkeit aber erst recht entgegen. Denn die Landeskartellbehörden und das Bundeskartellamt verwirklichen die Interessen ihrer Körperschaften von Amts wegen unmittelbar durch ihre Entscheidungstätigkeit. Der Verfahrensbeteiligung anderer Stellen derselben Körperschaft bedarf es dazu nicht.

Nicht berührt vom Grundsatz der Einheitlichkeit der Verwaltung ist demgegenüber die Beteiligung von Behörden kommunaler und sonstiger¹⁴⁾ öffentlicher Rechtssubjekte an Kartellverfahren einschließlich der Beteiligung von Landesbehörden an Verfahren vor dem Bundeskartellamt. Insoweit müßte lediglich die Beteiligtenstellung zu begründen sein. Wenn das GWB sie ihnen als Behörden versagt, heißt das nicht, daß sie sich nicht doch als Unternehmen an Kartellverfahren beteiligen könnten, soweit nämlich sich ihre Körperschaften unternehmerisch betätigen und den betreffenden Behörden die Wahrnehmung der unternehmerischen Interessen übertragen haben. § 98 GWB bezieht die unternehmerische Tätigkeit der öffentlichen Hand grundsätzlich¹⁵⁾ in die Verwaltungsbefugnisse der Kartellbehörden mit ein. Folglich sind Unternehmen, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder von ihr verwaltet oder betrieben werden, auch verfahrensmäßig wie U n t e r n e h - m e n am Verfahren zu beteiligen. In den Fällen, in denen das Unternehmen unmittelbar durch die Verwaltung betrieben und geführt wird, ist die betreffende Stelle am Kartellverfahren gem. § 51 Abs. 2 GWB zu beteiligen. Handelt es sich dagegen um eine dem Fiskus ganz oder teilweise gehörende Kapitalgesellschaft, so wird diese am Verfahren beteiligt, nicht die staatliche Stelle, die die Kapitalanteile verwaltet.

14) außer den Gemeinden und Gemeindeverbänden, die Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts.

15) Ausnahmen ergeben sich aus §§ 99 bis 103 GWB.

Fraglich ist nur noch, ob der Verfahrensbeteiligung staatlicher Stellen als Unternehmen, deren zugehörige Körperschaft (Bund oder Land) im betreffenden Verfahren bereits durch ihre Kartellbehörde vertreten ist, der Grundsatz der Einheitlichkeit der Verwaltung entgegensteht. Mit anderen Worten: Kann der Bundes- oder Landesfiskus die Beteiligtenstellung erlangen, wenn das dahinterstehende Rechtssubjekt schon als Hoheits-träger am Kartellverfahren beteiligt ist oder das Ver-fahren selbst durchführt?

Der gesonderen Prüfung bedürfen drei Fallgruppen.

(1) Ein Bundesland möchte sich als Unternehmen im Sinne des GWB an einem Verfahren vor dem Bundeskar-tellamt beteiligen.

(2) Der Bund will sich als Unternehmen im Sinne des GWB am Verfahren einer Landeskartellbehörde betei-li-gen.

Und drittens (3) schließlich der Fall, bei dem die Kartellbehörde und die als Unternehmen im Sinne des GWB fiskalisch tätige Behörde der öffentlichen Hand demselben öffentlichen Rechtssubjekt (Bund oder Land) angehören.

(1) Die erste Fallgestaltung ist unproblematisch, weil das betreffende Bundesland weder als ermittelnde Behörde noch als Beteiligte mit dem Kartellverfahren in Beziehung steht. Das Fiskalunternehmen des Landes nimmt also als Veranlasser¹⁶⁾ oder Drittbetroffener nach Maßgabe des § 51 Abs. 2 GWB am Verfahren vor dem Bundeskartellamt teil.

(2) An Verfahren vor den Landeskartellbehörden ist das Bundeskartellamt gem. § 51 Abs. 3 GWB automatisch beteiligt. Gegen die gleichzeitige Verfahrensbeteili-gung anderer Bundesstellen könnten Bedenken aus dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Verwaltung hergelei-tet werden.

16) Schmidt/Huth, BB 1964 S. 1109 f untersuchen, ob das BKartA auch gegenüber den Bundesländern als Fiskus zu Verwaltungsmaßnahmen nach dem GWB be-fugt ist, und kommen zu dem Ergebnis, daß die Bun-desländer als Fiskus wie alle anderen privaten Rechtssubjekte der Kartellverwaltungshoheit unter-liegen.

Da nach § 98 das GWB auf Unternehmen anzuwenden ist die von der öffentlichen Hand verwaltet oder betrieben werden, sind die Kartellbehörden auch zur Vornahme des im GWB vorgesehenen Verwaltungsmaßnahmen gegenüber den betreffenden staatlichen Stellen befugt. Sie können demnach Verträge solcher Stellen für unwirksam erklären oder auf Antrag erlauben und deren Verhaltensweisen untersagen. Dabei sind auch die Verfahrensvorschriften anzuwenden. Denn § 98 GWB erklärt nicht nur die materiellen Vorschriften, sondern generell das GWB für anwendbar. Wenn es aber Erlaubnisverfahren, die auf Antrag von Unternehmen der öffentlichen Hand eingeleitet werden, und Eingriffsverfahren gegen Unternehmen der öffentlichen Hand gibt, steht der staatlichen Stelle, die das Unternehmen betreibt oder verwaltet, auch die Beteiligtenstellung zu: im Erlaubnisverfahren als notwendig beteiligter¹⁷⁾ Antragsteller (§ 51 Abs. 2 Nr. 1 GWB), im Eingriffsverfahren als derjenige, gegen den sich das Verfahren notwendigerweise¹⁷⁾ richtet (§ 51 Abs. 2 Nr. 2 GWB). Der Grundsatz der Verwaltungseinheitlichkeit ist somit durch die ausdrückliche Regelung des GWB (§§ 98 in Verbindung mit 51 ff) aufgehoben, wenn Fiskalunternehmen des Bundes als Veranlasser von Wettbewerbsbeschränkungen durch die Verwaltungstätigkeit der Landeskartellbehörden betroffen werden.

Dagegen läßt sich die doppelte Verfahrensbeteiligung für den Bund nicht aus der Institution des Verfahrens selbst ableiten, wenn die von ihm betriebenen oder verwalteten Unternehmen als Dritte von der Verwaltungstätigkeit der Landeskartellbehörden betroffen werden. Denn Erlaubnis- wie Eingriffsverfahren kommen ohne die Beteiligung Dritter aus. Selbst wenn Dritte einen Rechtsanspruch auf kartellbehördliches Einschreiten geltend machen könnten, bedürfte es ihrer Mitwirkung nicht, da die Kartellbehörden von Amts wegen vorzugehen befugt sind. Ebenso könnten Erlaub-

17) Vgl. oben S. 74

nisverfahren zugunsten privater Unternehmen auf deren Antrag, aber ohne die Mitwirkung möglicherweise benachteiligter Fiskalunternehmen durchgeführt werden. Folglich sind Fiskalunternehmen, die nicht als Veranstalter von Wettbewerbsbeschränkungen in Erscheinung treten, durch §§ 98, 51 GWB nicht ausdrücklich von der Unzulässigkeit der Doppelbeteiligung ausgenommen.

Dennoch könnte ihre Verfahrensbeteiligung, insbesondere ihre Beiladung zum Kartellverfahren mit dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Verwaltung aus dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzes für vereinbar angesehen werden. Im Zusammenhang mit der analogen Problematik des Verwaltungsprozesses wird teilweise¹⁸⁾ hervorgehoben, der Staat als Fiskus habe nicht dieselben Interessen wahrzunehmen wie der Staat als Hoheitsträger; als Fiskus dürfe er in seinem Rechtsschutzanspruch nicht schlechter gestellt werden als der einzelne Bürger. Er könne sich deshalb auch neben dem Staat als Hoheitsträger am Verwaltungsprozeß beteiligen.

Ist die Gleichstellung des Staates als Fiskus mit den Privaten aber wirklich gerechtfertigt? Die Beteiligung Dritter am Verfahren erfolgt ja, weil sie außerhalb des Verfahrens ihre Interessen nicht wirksam zur Geltung bringen können und ihr Mißtrauen gegenüber der Verwaltung nach gewissen Einfluß- und Kontrollbefugnissen verlangt. Im Hinblick auf den Staat überzeugt dieser am Rechtsschutz orientierte Gedanke nicht. Denn er läuft darauf hinaus, dem Staat Rechtsschutz vor sich selbst¹⁹⁾ zu verschaffen²⁰⁾. Dessen

18) So insbesondere Daumann, BayVBl 1957 S. 350. Die Beiladung des Fiskus wird ferner bejaht von Eyermann-Fröhler, § 65 VwGO Anm. 18; Koehler, § 65 VwGO unter III 6.

19) Der Fiskus ist entgegen der früher herrschenden Ansicht nicht ein neben dem Staat als Hoheitsträger stehendes zweites Rechtssubjekt, sondern mit dem Staat als Hoheitsträger identisch; Georg Jellinek, Allgemeine Staatsrechtslehre S. 386. - Auch Schmidt/Huth, BB 1964 S. 1109.

20) Bauer, DÖV 1948/49 S. 192

bedarf er aber auch als Fiskus nicht²¹⁾. Die Kartellbehörden haben zugleich die privatrechtlichen Interessen ihrer Körperschaften von Amts wegen zu berücksichtigen. Der Bund als Fiskus kann seine Interessen gegenüber dem Bund als Hoheitsträger jederzeit wirksam in Erinnerung bringen. Notfalls kann die gemeinsame vorgesetzte Stelle²²⁾ von ihrem Weisungsrecht Gebrauch machen.

Demnach ist die Verfahrensbeteiligung des Bundes als Unternehmen wegen unzulässiger Doppelbeteiligung ausgeschlossen, wenn seine Beteiligtenstellung auf Außenwirkungen der Wettbewerbsbeschränkung beruht. Die betreffende Stelle der Bundesfiskalverwaltung ist dann darauf beschränkt, ihre speziellen Interessen außerhalb des Verfahrens beim verfahrensbeteiligten Bundeskartellamt - direkt oder über die weisungsberechtigte gemeinsame vorgesetzte Verwaltungsspitze - geltend zu machen.²³⁾

(3) Überträgt man das zu (2) gefundene Ergebnis auf unsere dritte Fallgruppe, müßte die Verfahrensbeteiligung der Verwaltungsstelle, die zur Wahrnehmung der Fiskalinteressen zuständig ist, dann bejaht werden können, wenn das Fiskalunternehmen als Veranlasser von Wettbewerbsbeschränkungen mit der Verwaltungssache in Beziehung steht, sei es, daß es die Erlaubnis zu einem wettbewerbsbeschränkenden Vertrage begehrt, sei es, daß die Kartellbehörde ihm als Veranlasser den Rechtsschutz versagen oder ein Verhalten untersagen will.

21) Die Fiskustheorie ist geschaffen worden, um den Bürger vor willkürlichem Staatshandeln zu schützen, Georg Jellinek aaO; also gerade nicht zum Schutz des Staates vor sich selbst. Vgl. Bauer aaO. Mit diesem Ergebnis auch Bay VGH, BayVBl 1956 S. 316 f.

22) Der Bundeskanzler in Ausübung seiner Richtlinienkompetenz bzw. das Bundeskabinett durch Kabinettsbeschluß.

23) Eine Ausnahme hiervon wäre nur bei Sondervermögen zu machen, die aus der allgemeinen Verwaltung ausgegliedert sind, wie Bundespost und Bundesbahn, die aber gem. § 99 dem GWB nicht unterworfen sind.

Die kartellbehördlichen Entscheidungen sind ohne Ausnahme Verwaltungsakte. Der Erlaß solcher Akte aber setzt mindestens das Vorhandensein eines Rechtssubjektes voraus, das den Verwaltungsakt erläßt, und eines weiteren, in welchem sich die Regelung auswirkt. Diese Voraussetzungen fehlen, wenn die die Erlaubnis oder den Eingriff aussprechende Behörde (Bundeskartellamt bzw. Landeskartellbehörde) und die Behörde adressiert ist, zwei verschiedene Organe desselben Rechtsträgers sind. Auch wenn die adressierte Behörde kraft gesetzlicher Sonderregelung besondere Rechte ausüben und mit besonderen Pflichten belastet kann und deshalb eigene Rechtssubjektivität^{23a)} besitzt, so schlägt die Regelung, die die Kartellbehörde erläßt, auf den dahinterstehenden gemeinsamen Rechtsträger (Bund oder Land), also auf sich selbst, zur Wirkung. Daran ändert auch nichts der Umstand, daß die Körperschaft als Fiskus betroffen würde. Denn die Identität des Rechtsträgers, dem beide Behörden angehören, besteht unabhängig von der Funktion, in der die Behörden tätig werden. Die Erteilung einer Erlaubnis für ein Fiskalunternehmen des Bundes beispielsweise kann vom Bundeskartellamt nicht wirksam vorgenommen werden. Das Bundeskartellamt kann deshalb etwa wettbewerbsbeschränkende Verträge eines Fiskalunternehmens des Bundes nicht für unwirksam erklären. Die Durchsetzung des GWB muß hier auf innerdienstlichem Wege erfolgen²⁴⁾. Folglich kann es auch kein Kartellverfahren vor dem Bundeskartellamt geben, an dem sich der Bund durch ein anderes Organ beteiligen könnte. Dasselbe gilt entsprechend für die Beteiligung des Landesfiskus am Verfahren vor den Landeskartellbehörden.

IV. Ergebnis

Insgesamt gesehen hat die Verfahrensbeteiligung von Behörden nur untergeordnete Bedeutung. Behördeninteressen nimmt nur das Bundeskartellamt an Verfahren vor den Landeskartellbehörden wahr. Zur Vertretung von Fiskalunternehmen öffentlicher Körperschaften können auch andere Behörden an Kartellverfahren teilnehmen. Allerdings steht der Beteiligung von Behörden der Bundes- und Landesfiskalverwaltung überwiegend der Grundsatz der Einheitlichkeit der Verwaltung entgegen.

23a) Zu diesem Begriff siehe oben S.37.- Bei Vorhandensein von Rechtssubjektivität ist zwar die Beteiligtenfähigkeit gegeben. Das Rechtssubjektivität besitzende Organ vermag aber nicht die Auswirkungen eines Verwaltungsakts abzufangen. Entscheidend ist, daß die Organe bzw. Organteile nicht rechtsfähig sind und daher nicht allgemeine Träger von Rechten und Pflichten sein können. Wolff, Lehrb. III, § 173 I 4 mit Hinweisen auf Ausnahmen.

24) Schmidt/Huth, BB 1964 S. 1109; v.Köhler, DVBl 1961 S.605, 607. Vgl. auch Wolff, Lehrb. III, § 173 I 4: Es ist Sache des Gesetzgebers, das Land vor rechtswidrigen Entscheidungen durch ein Bundesanstandungsrecht eines weisungsabhängigen Organs zu schützen.

2. Hauptteil

=====

Die Rechte der am Kartellverfahren Beteiligten

§ 11. Die Mitwirkungsrechte der Beteiligten

Teilnehmer am Marktgeschehen werden am Verfahren vor den Kartellbehörden beteiligt, damit sie dort ihre Rechte wahrnehmen können. Zwar bedürfen die tatsächlichen Beziehungen zwischen den Beamten der zur Entscheidung berufenen Kartellbehörde auf der einen Seite und den Beteiligten auf der anderen Seite nicht immer strenger förmlicher Regelungen. Von vornherein werden meist nur solche Unternehmen, die sich von der behördlichen Eingriffstätigkeit unmittelbar betroffen fühlen, ihre formellen Rechte auszuschöpfen versuchen. Wer dagegen die Kartellbehörde zum Vorgehen gegen andere ermuntert oder die behördliche Billigung eigener wettbewerbsbezogener Verhaltensweisen erstrebt, tritt mit den Verwaltungsbeamten zunächst eher in ein geschäftlich-verhandelndes Verhältnis als in ein rechtliches, auch wenn bereits ein entsprechendes Kartellverfahren in Gang gesetzt worden ist. In einer derartigen Verhandlungssituation stellt sich für die Gesprächspartner der Behörden die Frage nach ihren Rechten im Verfahren erst gar nicht. Das ändert sich jedoch meist, wenn die Kartellbehörde eine Meinung zu erkennen gibt, die von derjenigen ihrer Gesprächspartner abweicht, und erst recht, wenn sie ihrer abweichenden Meinung gemäß verbindliche Entscheidungen trifft. Will der einzelne seinen eigenen Vorstellungen und Meinungen zur Wirksamkeit verhelfen, muß er von den Rechten Gebrauch machen, die ihm als Verfahrensbeteiligtem zustehen.

I. Verrechtlichte Mitwirkung

Beteiligung am Verfahren bedeutet Mitwirkung am Verfahren. Wer zur Beteiligung berechtigt ist, hat auch einen Anspruch darauf, die kartellbehördliche Entscheidung bereits bei ihrem Zustandekommen beeinflussen zu können. Zwar ändern auch die Mitwirkungsrechte nichts daran, daß es die Behörde ist, die die hoheitliche Entscheidung trifft. Den Verfahrensbeteiligten ist es aber ermöglicht, auf die bei der Behörde im Laufe des Verfahrens sich vollziehende Willensbildung einzuwirken. Die Willensbildung vollzieht sich im gegenseitigen Austausch der Meinungen: Behörde und Beteiligte vermitteln sich ihre Absichten, die ihnen bekannten Tatsachen und zugrunde liegenden Rechtsansichten, im Beweisverfahren ermitteln sie gemeinsam. Die Mitwirkungsrechte sind deshalb eine Verrechtlichung des Meinungsaustauschs zwischen Kartellbehörde und den Verfahrensbeteiligten.

Der Verrechtlichung bedarf es wegen des allgemein für Verfahren vor den Verwaltungsbehörden verbindlichen Grundsatzes des rechtlichen Gehörs¹⁾, dessen Ausprägung die Mitwirkungsrechte der Beteiligten sind. Der Anspruch auf rechtliches Gehör erklärt indes nur, daß es überhaupt Beteiligte mit dem Recht auf Mitwirkung am Kartellverfahren geben muß. Die nähere Ausgestaltung der Mitwirkungsrechte wird durch zusätzliche Komponenten bestimmt.

Auf der einen Seite stehen die Grundsätze, die sich im Hinblick auf die Mitwirkung an Verwaltungsverfahren allgemein herausgebildet haben. Die Mitwirkungsrechte des Kartellverfahrens sind an allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht zu messen, denn das Kartellverfahren ist ein Verwaltungsverfahren, wenn es auch einer speziellen Verwaltungstätigkeit zuzuordnen ist.

1) Vgl. oben S. 30, insbesondere S. 32 Fn. 18

Auf der anderen Seite ist die Mitwirkungsregelung den Besonderheiten der Kartellverwaltungstätigkeit anzupassen. Die einschneidenden und weitreichenden Folgen, die behördliches Eingreifen in die Marktverhältnisse nach sich ziehen kann, machen das Bedürfnis der Beteiligten nach einem besonders sorgfältigen und umfassenden Meinungsaustausch vordringlich. Die Beteiligten wollen vor allem über die Absichten der Kartellbehörde, die ihr bekannten Sachverhalte und von ihr vertretenen Rechtsansichten informiert werden und demgegenüber ihre eigene Meinung kundtun. Ein ebenso starkes Interesse am Meinungsaustausch haben zumeist auch die Kartellbehörden. Ihnen geht es vor allem darum, möglichst viel Tatsachenmaterial von den Beteiligten zu erhalten. Den Kartellbehörden ist, wie allen Verwaltungsbehörden, die Wahrnehmung des Interesses an einer "richtigen", d.h. mit der Rechtsordnung in Einklang stehenden Verwaltungsentscheidung aufgetragen. Dazu bedürfen sie in besonderem Maße der Mitwirkung der Verfahrensbeteiligten. Welches die richtige Entscheidung ist, bestimmt sich nach den materiellrechtlichen Vorschriften des GWB. Diese sind weitgehend unbestimmte Rechtsbegriffe, die einer wirtschaftlich wertenden Ausfüllung bedürfen²⁾. Die wirtschaftswissenschaftliche Wertung ist gekennzeichnet durch die Komplexität ihrer Betrachtungsweise. Sie orientiert sich nicht an einzelnen Aspekten oder Modellen, wie das in der reinen Wissenschaft möglich wäre, sondern hat alle für die wirtschaftliche Gegenwart und Zukunftsentwicklung nur irgendwie bedeutsamen Aspekte zusammenzufassen. Um komplexe wirt-

2) Vgl. Sandrock, Grundbegriffe S. 4 ff mwN; Lukes, Festschrift für Böhm S. 199 ff (213 - 215). Nach Lukes aaO S. 225 ist es keine Frage, daß die Verwertung der Erkenntnisse der wirtschaftlichen Theorie für die Abgrenzung des Personenkreises, auf dessen Marktverhalten es ankommt, und für die Beeinflussung der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit unerlässlich ist. Zugleich betont er die Notwendigkeit der Übersetzung der wirtschaftstheoretischen Erkenntnisse und wirtschaftlichen Phänomene in die Denkkategorie des Rechts.

schaftliche Vorgänge zunächst einmal vom Tatsächlichen — her zu erfassen, benötigt die Kartellbehörde eine Vielzahl von Informationen, beispielsweise zum Zwecke der räumlichen, zeitlichen und gegenständlichen Abgrenzung der Märkte. Sie benötigt Angaben über den Heterogenitätsgrad der Güter, über den Umfang der Umsätze von Gütern auf bestimmten Märkten, über die Entwicklungsphasen der Märkte, über Innovationen, den Einsatz neuer Verfahren und vieles andere mehr. Am ehesten sind die beteiligten Unternehmen dazu in der Lage, den Kartellbehörden entsprechende Auskünfte entweder selbst oder durch Einschaltung ihrer Verbände³⁾ zu beschaffen. Das Aufklärungsinteresse der Kartellbehörde hat aber immer nur insoweit Bedeutung für die Mitwirkung der Beteiligten, als diese sich freiwillig äußern. Als Beteiligte haben sie keine spezifischen Pflichten, sondern nur Rechte⁴⁾. Die Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörde beruhen auf der Ermächtigungsnorm des § 46 GWB, von der nicht die Beteiligten als solche betroffen sind. Demnach hat das Aufklärungsinteresse der Behörde hinter der Rechtsschutzfunktion der Mitwirkungsrechte zurückzutreten.

II. Gegenstand der Mitwirkung

Der Anspruch der Beteiligten auf Mitwirkung beinhaltet das Recht, sich in jeder Phase des Verwaltungsverfahrens gegenüber der Behörde äußern zu dürfen. Das mag als Selbstverständlichkeit erscheinen, wenn man darin lediglich die entsprechende Verpflichtung der Behörde sieht, die Beteiligten zu Wort kommen zu lassen. Damit allein wäre den Beteiligten jedoch nicht gedient, da ihnen ja meist gar nicht bekannt ist, was die Behörde weiß und was sie will. Im Ver-

3) und natürlich auch die Verbände als Verfahrensbeteiligte, vgl. S. 139, 149 f.

4) Vgl. oben S. 30

waltungsverfahren⁵⁾ hat sich deshalb der allgemeine Grundsatz durchgesetzt, die Behörde müsse den von ihr ermittelten Tatsachenstoff den Beteiligten zur Kenntnis bringen und ihnen immer dann eine neue Gelegenheit zur Stellungnahme geben, wenn neue Tatsachen in das Verfahren eingeführt werden. Im Verfahren vor den Kartellbehörden zeigt sich besonders deutlich, daß das Recht auf Stellungnahme ohne das Recht auf Information wertlos wäre⁶⁾. Denn die Kartellbehörde ermittelt nicht allein durch Befragen eines einzelnen Beteiligten. Meistens sind mehrere am Verfahren beteiligt, wobei dem einen nicht bekannt zu sein braucht, was der andere an die Behörde weitergegeben hat, zumal wenn die Beteiligten nicht derselben Marktstufe angehören. Informiert wird die Kartellbehörde in vielen Fällen auch durch Anzeigen Außenstehender oder durch Stellungnahmen von Wirtschaftskreisen (§§ 2, 3, 5, 53 Abs. 2 GWB) und Publikationen, die den Verfahrensbeteiligten nicht zugänglich oder nicht bekannt sind⁷⁾. Sowohl zur Sicherung der präventiven Rechtsschutz- als auch der Sachaufklärungsfunktion des Kartellverfahrens bedürfen die Beteiligten deshalb des Rechts auf Information.

Die Kartellbehörde hat demnach den sich bei ihr anhäufenden Verfahrensstoff in ausreichendem Maße den Beteiligten mitzuteilen, ohne daß es darauf ankommt, auf welche Weise sie in den Besitz des Materials gelangt ist. Es macht insbesondere keinen Unterschied, ob eine Ermittlung durch Einholung von Auskünften, durch Prüfungen oder Durchsuchungen nach § 46 GWB oder eine Beweiserhebung innerhalb des Verwaltungsverfahrens gemäß § 54 Abs. 2 GWB vorausgegangen ist. Es versteht sich von selbst, daß das Recht auf Information und Stellungnahme nicht nur

5) Vgl. Becker S. 50 mwN

6) BKarta WuW/E BKarta 261 (263) ("Öfen III");
Junge, GemK § 53 Anm. 1; Frankf.Komm. § 53
Tz 3

7) § 46 GWB hat bisher keine besondere praktische Bedeutung erlangt.

auf den Sachverhalt, der die Kartellbehörde zur Einleitung des Verfahrens veranlaßt hat, zu erstrecken ist, sondern darüber hinaus ebenso auf die weiteren Ergebnisse des Kartellverfahrens⁸⁾.

Allerdings erweist sich im Hinblick auf die Informationspflicht der Behörde eine Einschränkung des Mitwirkungsgegenstandes als unumgänglich, will man das Verfahren vor dem Verlust von Elastizität, Raschheit und Einfachheit bewahren. Wäre die Kartellbehörde gehalten, jede ihr bekanntgewordene Information einschließlich aller Zahlen und sonstiger Marktdaten zunächst einmal den Beteiligten zu unterbreiten und womöglich auch noch zu erläutern, würde das in den meisten Fällen zu einer uferlosen Ausweitung des Verfahrens führen. Eine gegenständliche Beschränkung der Mitwirkung ist im G.K.B. nicht formuliert worden. In anderen Verwaltungsverfahren ist beispielsweise die Behörde nur zur Wiedergabe von Tatsachen verpflichtet, von denen sie annehmen kann, daß sie den Beteiligten nicht bekannt sind. Großzügiger ist demgegenüber die Einbeziehung aller Tatsachen, die allgemein "zum Gegenstand des Verfahrens gehören". Einen Mittelweg wählt etwa § 21 BVwVerfG 1963, in dem der Anspruch davon abhängig gemacht wird, daß der Gegenstand der Anhörung in entscheidungserheblichen Tatsachen besteht^{8a)}. Diese Lösung erweist sich sowohl allgemein als auch für das Kartellverfahren als die zweckmäßigste, da sie einerseits auf den notwendigen Anhörungsgegenstand beschränkt, andererseits aber der Behörde weiterführende, etwa auch den Gegenstand des Verfahrens schlechthin betreffende rechtliche Erörterungen mit den Beteiligten unbenommen läßt.

weitere Einschränkungen des Informationsgegenstandes ergeben sich aus Geheimhaltungspflichten,

8) Für das Verwaltungsverfahren allgemein BVerfGE 6, 14; 7, 289, 341; 8, 209; 9, 267, 304 f; Maunz-Dörig, Art. 103 GG Rdn. 29, 31; König DVB1 1959 S. 195.

8a) So auch jetzt § 87 Abs. 1 schl.-h. LVwG: "zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen".

die der Kartellbehörde gegenüber einzelnen Beteiligten oder anderen Informanten erwachsen können. Vor allem dann, wenn der Verfahrensstoff sich auf Zahlenmaterial oder sonstige Tatsachen von Einzelunternehmen stützt, die gewöhnlich allenfalls Steuerbehörden oder statistischen Ämtern anvertraut werden⁹⁾, kann die Kartellbehörde ohne die Zustimmung des Unternehmens dieses Material nicht an Verfahrensbeteiligte weiterleiten¹⁰⁾. Von dieser Einschränkung betroffen sind weniger die Antragsteller in Erlaubnisverfahren oder diejenigen, gegen die sich das Verfahren richtet, weil es meist ihr eigenes Material ist, welches der Kartellbehörde vorliegt, als vielmehr Dritte, die am Verfahren beteiligt sind, weil sie durch einen Beiladungsbescheid hinzugezogen wurden oder weil sie gegen Kartelle usw. gerichtete Verfahren antragsmäßig herbeigeführt haben. Je größer der Kreis dieser Verfahrensbeteiligten ist, desto eher können sich unter ihnen Wettbewerber, Kunden, Lieferanten oder mögliche Informanten dieser Personen befinden, deren Unterdrückung dem einzelnen Unternehmen schaden würde.

9) Frankf.Komm. § 53 Tz 4 nennt als Beispiel: In einem Verfahren nach § 17 GWB deckt das preisbindende Unternehmen seine Kalkulation der Kartellbehörde gegenüber auf, um darzulegen, daß die Preisbindung nicht mißbräuchlich ist.

10) Thomä, BB 1955, 361; WuW 1956 S. 402; ausführlich in Auskunfts- und Betriebsprüfungsrecht, S. 79: Andernfalls werde Art. 2 iVm 19 Abs. 2 GG verletzt; das Auskunftsrecht der Kartellbehörde stelle eine Einschränkung der Persönlichkeitsentfaltung dar, was nur insoweit zulässig sei, als es zur Durchführung von Gesetzen oder zur Verwirklichung wirklicher Rechte Dritter notwendig erscheint und soweit die damit beschafften Informationen nicht über den zur Wahrung der berechtigten Interessen befugten Personenkreis hinaus bekanntgegeben werden. - Frankf.Komm. § 53 Tz 4 spricht von "allgemeinen Rechtsgrundsätzen", aus denen sich die Geheimhaltungspflicht ergebe.

Unterrichtet die Kartellbehörde einzelne Beteiligte aus Geheimhaltungsgründen nicht, ergibt sich die möglicherweise mißliche Konsequenz, daß die geheimgehaltenen Unterlagen der Entscheidung nicht zugrunde gelegt werden dürfen¹¹⁾. Denn wenn das Gesetz auch Dritte am Verfahren beteiligt und diesen rechtliches Gehör einräumt, darf ihnen nicht zugleich wieder die Mitwirkung an der Entscheidung und deren Nachprüfung unmöglich gemacht werden. - Die Kartellbehörde kann sich vor derartigen Situationen, wenn auch unvollkommen, schützen, indem sie diejenigen, die ihre Verfahrensstellung zu Ausforschungszwecken nutzen, vom Verfahren entfernt¹²⁾. - Sie kann ferner im Rahmen der behördlichen Entscheidung über Beiladungsanträge das zutage tretende Geheimhaltungsbedürfnis einzelner Unternehmen gebührend berücksichtigen¹³⁾¹⁴⁾.

III. Mitwirkung im schriftlichen und mündlichen Verfahren

In welcher Form sich die Mitwirkung der Beteiligten abspielt, hängt davon ab, ob das Verwaltungsverfahren schriftlich oder mündlich durchgeführt wird. Während mündliche Verfahren die prozessuale Stellung der Beteiligten in der Regel stärken, indem ihnen ermöglicht wird, in Rede und Gegenrede mit der Behörde in Kontakt zu kommen, dadurch das Verfahren im eigenen Sinn zu beeinflussen, zugleich aber auch zu

11) Frankf.Komm., § 53 Tz. 4; für Beschwerdeverfahren Zweigert, GenK § 71 Anm. 5 f.

12) Vgl. dazu die Begründung Thomas in WuW 1956 S. 403 Anm. 38; Wenn schon nach allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsätzen ein Ausforschungsbeweis rechtsmißbrauchlich ist, müsse dasselbe erst recht für Verfahrenshandlungen von Beteiligten gelten, die unter Ausnutzung von Verfahrensrechten in den Besitz von auf andere Weise nicht zu erlangenden Kenntnissen über die wirtschaftlichen Verhältnisse anderer zu kommen suchen.

13) Vgl. auch oben S. 150

14) Zur Geheimhaltungsproblematik bei öffentlicher Verhandlung vgl. im folgenden unter III 3.

gründlicher Sachverhaltsklärung beizutragen, bietet das schriftliche Prinzip Vorteile für umfangreiche und rechtlich schwierige Verfahren¹⁵⁾.

1. Das schriftliche Verfahren

Kartellverfahren werden nach § 53 Abs. 1 GWB grundsätzlich schriftlich durchgeführt. Nur auf entsprechenden Antrag eines Beteiligten ist die Kartellbehörde verpflichtet, in angemessener Frist sämtliche Beteiligten zu einer mündlichen nicht-öffentlichen Verhandlung zu laden. Die Beteiligten sind deshalb an der Einsichtnahme in die Akten der Kartellbehörde interessiert, um sich auf diesem Wege unmittelbar selbst ein Bild über das schriftlich vorliegende Material zu machen. Ursprünglich war der Gesetzgeber deshalb der Ansicht, daß den Beteiligten dieses Recht "nicht verwehrt werden" könne¹⁶⁾. Auf die in der Literatur erhobenen Bedenken¹⁷⁾ hin, daß einerseits der Kreis der zur Akteneinsicht berechtigten Verfahrensbeteiligten weit gezogen, andererseits das Bedürfnis nach Geheimhaltung bei Wirtschaftsunternehmen berechtigterweise sehr groß sei, wurde das in § 39 des Regierungsentwurfs vorgesehene Recht auf Akteneinsicht ersatzlos gestrichen¹⁸⁾. Aber nicht nur im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte muß das Schweigen des Gesetzes als Verneinung des Beteiligtenrechts auf Akteneinsicht verstanden werden. Auch im Bereich des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts hat sich die Einräumung eines generellen Anspruchs auf Akteneinsicht nicht durchgesetzt¹⁹⁾,

15) Becker S. 45

16) Begründung zu § 39 RegE (abgedruckt in GemK 1. Aufl. S. 1110)

17) Forsthoff, Festschrift für Isay S. 103 ff; Thomä WuW 1956 S. 402

18) auf Vorschlag des wirtschaftspolitischen Ausschusses, vgl. Ausschlußbericht zu § 39 (abgedruckt in GemK 1. Aufl. S. 1200)

19) Fellner, VwArch Bd. 48 (1957) S. 104; Becker S. 53; Einzelbegründung zu § 22 EVwVerfG 1963 S. 126 f; § 88 schl-h LVwG

weil Behörden, Verfahrensbeteiligte und sonstige Auskunftspersonen meist ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung von Schriftstücken haben. Ein solcher Anspruch ist lediglich für einzelne Rechtsgebiete ausdrücklich statuiert worden²⁰⁾. In Kartellverfahren, in denen regelmäßig betriebliche Interna beteiligter Wirtschaftsunternehmen aktenkundig sind, ist das Geheimhaltungsinteresse besonders ausgeprägt, zumal mit der gleichzeitigen Verfahrensbeteiligung von Konkurrenten, von Angehörigen benachbarter Marktstufen und Vertretern organisierter Interessen zu rechnen ist.

Den Beteiligten ist nach alledem die Einsichtnahme in die Akten der Kartellbehörde versagt. Sie müssen sich in der Regel mit schriftlichen Mitteilungen der Behörde begnügen. Liegen Stellungnahmen von Beteiligten oder Dritten vor, genügt es²¹⁾, wenn der wesentliche Inhalt, also nicht notwendig der volle Wortlaut der Stellungnahme wiedergegeben wird.

2. Die mündliche nicht-öffentliche Verhandlung

Zu mündlicher nicht-öffentlicher Verhandlung kommt es, wenn ein beteiligter sie beantragt (§ 53 Abs. 1 GWB) oder die Kartellbehörde von sich aus einen persönlichen Meinungsaustausch im Verfahren anregt. Die Beteiligten können sich dann gegenüber der Behörde in Rede und Gegenrede verständlich machen. Soweit die Kartellbehörde zuvor die schriftliche Weitergabe von Verfahrensstoff an die Beteiligten versäumt hat, kann sie das mündlich nachholen²¹⁾.

20) z.B. §§ 90 BBeamtenG; 56 BRRG; 34 FGG; 35 Gesetz über das Verwaltungsverfahren der Kriegsoferversorgung; 193 BEG in der Neufassung des Ges. v. 29. Juni 1956, BGBl I S. 559, 562. Vgl. auch den Vorschlag Fellners aaO S. 104 sowie § 22 Satz 2 EVwVerfG 1963, wonach die Gewährung der Akteneinsicht de lege ferenda in das Ermessen der Behörde gestellt werden soll. Dieser Vorschlag ist erstmalig in § 88 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 schl-h LVwG verwirklicht worden.

21) BKartA wuW/E BKartA 261 (263) ("Öfen III").

Insgesamt gesehen kann die mündliche Verhandlung jedoch den schriftlichen Vortrag nur ergänzen, nicht ersetzen. Im mündlichen Verfahren dürfte es zu einer endgültigen Meinungsübereinstimmung meist nur nach gründlicher schriftlicher Vorbereitungsarbeit kommen. Der mündliche Meinungsaustausch eignet sich am besten zum Ausräumen letzter Mißverständnisse und Herausarbeiten der für die Entscheidung notwendigen "scharfen Konturen"²²⁾. Auch sind die Beamten der Kartellbehörden vermutlich im Rahmen einer persönlichen Aussprache eher bereit, Unternehmen, deren wettbewerbsbeschränkendes Verhalten Gegenstand des Verfahrens ist, den Ausweg zu einem tolerierbaren Verhalten zu weisen. Häufig erklären sich Beteiligte in der mündlichen Verhandlung bereit, das von der Behörde mißbilligte Verhalten abzustellen oder in der gewünschten Weise zu ändern. Zweckmäßigerweise sollte die Kartellbehörde dann das Verfahren nicht eher einstellen, als bis die betreffenden Beteiligten ihre mündlichen Zusicherungen schriftlich bestätigt haben.

3. Das öffentliche Verfahren

Was über die Mitwirkung der Beteiligten im mündlichen nicht-öffentlichen Verfahren gesagt wurde, kann nicht ohne weiteres auch für die öffentliche Verhandlung gelten, die das Bundeskartellamt im Verfahren gegen marktbeherrschende Unternehmen anzubereiten hat (§§ 22, 53 Abs. 3, 24 GWB)²³⁾. Vor der Geltung der Novelle 1965 verhandelten die Kartellbehörden in erstinstanzlichen Verfahren stets nicht-öffentlich; nur für Einspruchsverfahren, die es nach der Gesetzesänderung nicht mehr gibt, war die öffentliche Verhandlung vorgesehen. Nunmehr soll vor der

22) Jessen-Reimann-Zweigert, § 53 GWB Anm. 4

23) Die öffentliche Verhandlung ist ferner nach Eingang einer Anzeige eines Unternehmenszusammenschlusses gemäß § 23 GWB vorgesehen (§ 24). Da im Rahmen der §§ 23, 24 eine Verwaltungsentscheidung nicht getroffen und deshalb kein Kartellverfahren durchgeführt wird, braucht auf § 24 hier nur insoweit eingegangen zu werden, als es für die Verfahren gegen marktbeherrschende Unter-

Beschlußabteilung in Verfahren nach § 22 GWB generell mündlich und öffentlich verhandelt werden, es sei denn, die Behörde entscheidet im Einverständnis mit allen Beteiligten ohne mündliche Verhandlung oder schließt auf Antrag eines Beteiligten oder von Amts wegen die Öffentlichkeit von der mündlichen Verhandlung aus, weil Geheimhaltungsinteressen gefährdet sind.

Die Einführung der Öffentlichkeit in das erstinstanzliche Kartellverwaltungsverfahren ist nicht auf allgemeine Prinzipien des Verwaltungsverfahrensrechts zurückzuführen. Soweit es in Verfahren vor Verwaltungsbehörden nach deutschem Verwaltungsrecht überhaupt zu einer mündlichen Verhandlung kommt, findet sie ganz allgemein unter Ausschluß der Öffentlichkeit statt²⁴⁾. Im Gerichtsverfahren dagegen, insbesondere im Strafprozeß, hat der Öffentlichkeitsgrundsatz seit seiner Einführung im 19. Jahrhundert eine große Bedeutung erlangt. Zweck des Öffentlichkeitsprinzips im Gerichtsverfahren ist es, die Betroffenen vor der Willkür staatlicher Stellen zu schützen: Jedermann soll sich davon überzeugen können, daß gerecht und unparteiisch Recht gesprochen wird. Außerdem soll die Rechtsprechung über den Kreis der Beteiligten hinaus in die Rechtsgemeinschaft hineinwirken und das Recht lebendig erhalten²⁵⁾.

In dieser Funktion paßt das Öffentlichkeitsprinzip nicht für das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden, die zwar auch Recht anwenden, aber nicht unparteiisch und über der Sache stehend, sondern in eigener Sache²⁶⁾. So ist die Einbeziehung der Öffentlichkeit

24) Das hearing des gänzlich anders gearteten amerikanischen Verwaltungsrechts ist dem deutschen Rechtskreis bisher fremd geblieben und scheint lediglich im politischen Bereich, insbesondere bei Beratungen parlamentarischer Ausschüsse, an Boden zu gewinnen.

25) v. Schmidt, Lehrkommentar Teil I Nr. 333 ff; Schwarz - Kleinkn., Kommentar zur StPO und Nebengesetze, § 169 GVG Rdn. 1

26) Vgl. oben S. 20 ff.

in die Verfahren, die sich gegen marktbeherrschende Unternehmen richten, nicht erfolgt, um die Allgemeinheit von der Gerechtigkeit des Bundeskartellamtes zu überzeugen oder um das Kartellrecht im Bewußtsein der Öffentlichkeit lebendig zu erhalten. Gesetzgeberisches Motiv für die Einfügung des § 53 Abs. 3 GWB war das "elementare Interesse" der Öffentlichkeit "daran, von Verfahren über schwerwiegende Mißbräuche marktbeherrschender Unternehmen Kenntnis zu erhalten". Nach Ansicht des Gesetzgebers ist diese Publizität "auch geeignet, groben Mißbräuchen vorzubeugen"²⁷⁾²⁸⁾.

Die drohende Konfrontation mit der Öffentlichkeit im Verfahren nach § 22 GWB soll demnach die marktbeherrschenden Unternehmen vor dem Mißbrauch ihrer Marktmacht abschrecken. Damit ist die überkommene Funktion des Rechts auf Mitwirkung am Verfahren - jedenfalls vom gesetzgeberischen Motiv her - in ihr Gegenteil verkehrt: aus Rechtsschutz ist Abschreckung geworden. Mit anderen Worten, das Öffentlichkeitsprinzip im Kartellverfahren ist, gemessen an den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsverfahrenrechts, systemwidrig.

27) Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucksache IV/2564 (abgedruckt im GemK Nachtrag 2. Aufl. S. 210)

28) Die öffentliche Verhandlung des § 24 wird ausschließlich mit dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit an Unternehmenszusammenschlüssen begründet. Nach der Begründung zum Regierungsentwurf Abschnitt II Einzelbegründung zu Art. 1 Nr. 13, BT-Drucksache IV/2564 (GemK aaO S. 185) kommt es zur öffentlichen Verhandlung nach § 24, "wenn zu erwarten ist, daß die beteiligten Unternehmen durch den Zusammenschluß die Stellung eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne des § 22 Abs. 1 oder 2 erlangen oder wenn durch den Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung verstärkt wird". Hierbei handele es sich "um volkswirtschaftlich so bedeutende Vorgänge, daß die Öffentlichkeit Anspruch darauf hat, in geeigneten Fällen z.B. über Beweggrund, Zweck und Wirkung des Zusammenschlusses unterrichtet zu werden".

Bedeutet das nun die Verletzung oder Gefährdung der Beteiligtenrechte? Ist die Durchführung eines rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens, das die gebührende Mitwirkung der Beteiligten sichert, auch bei Zulassung der Öffentlichkeit garantiert? Einen Einfluß auf die Mitwirkungsrechte der betroffenen marktbeherrschenden Unternehmen hat das Öffentlichkeitsprinzip unmittelbar zwar nicht. Die Unternehmen können auch in der öffentlich geführten Verhandlung vor dem Bundeskartellamt ihr Beteiligtenrecht auf Information und Stellungnahme ohne Beschränkungen durch die Behörde ausüben. Die Zulassung der Öffentlichkeit kann dem betroffenen Unternehmen aber nicht gleichgültig sein. Während die Allgemeinheit sonst lediglich durch die Veröffentlichung von Erlaubnis-anträgen, Anmeldungen (§ 10 GWB) und Verfügungen (§ 58 GWB) im Bundesanzeiger die Einleitung und den Abschluß von Kartellverfahren erfährt, die eigentliche Verhandlung aber vertraulich bleibt, hat die Öffentlichkeit zur mündlichen Verhandlung marktbeherrschender Unternehmen freien Zugang. Die Unternehmen müssen damit rechnen, daß nicht nur einzelne, ebenfalls irgendwie mit der Verwaltungssache befaßte Personen oder Stellen die Verhandlung verfolgen, sondern daß jeder beliebige Konkurrent, Lieferant, Kunde, Marktteilnehmer, Verbraucher usw. entweder durch persönliche Teilnahme oder durch Vermittlung der Presse die in der Verhandlung geäußerten Tatsachen und Meinungen erfährt. Gerade marktbeherrschende Unternehmen dürften des Interesses der Öffentlichkeit am Gang des Verfahrens sicher sein. Eine derartige Gegenüberstellung mit der Öffentlichkeit kann für sie recht hinderlich sein, vor allen Dingen dann, wenn breite Bevölkerungskreise oder allgemein die Verbraucher ein Interesse am Abstellen ihrer im Verfahren beanstandeten Verhaltensweisen haben. So wird ein marktbeherrschendes Unternehmen, dem das Bundeskartellamt über-

höhte Preise vorwirft, leicht zum Angeklagten, dessen Verurteilung die anonyme Masse begehrt.

Aus der Sicht der beteiligten marktbeherrschenden Unternehmen stellt sich deshalb die Frage, ob und wie sie dem öffentlichen Verfahren ausweichen können. Sind Geschäftsgeheimnisse bereits zum Gegenstand des Verfahrens gemacht worden oder ist der Betroffene zu ihrer Preisgabe für das Verfahren bereit, schließt die Kartellbehörde auf seinen Antrag oder von Amts wegen die Öffentlichkeit aus (§§ 53 Abs. 3, 24 Satz 2 GWB). Die Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen ist deshalb durch das Öffentlichkeitsprinzip direkt nicht berührt.

Es gibt aber neben eigentlichen Geschäftsgeheimnissen auch vertrauliche und halbvertrauliche Tatsachen, Projekte, Argumente, Prognosen, Vermutungen und Verdächtigungen, die der Öffentlichkeit nicht bekannt sind und die das betroffene Unternehmen jedenfalls nicht im Zusammenhang mit kartellbehördlichen "Ermittlungsverfahren" publiziert sehen möchte. Soweit derartige Umstände die Entscheidung günstig beeinflussen können, sind die Betroffenen andererseits zu Recht daran interessiert, sie der Kartellbehörde zur Kenntnis zu bringen. Tun sie das, müssen sie damit rechnen, daß diese Dinge auch in der mündlichen Verhandlung der Öffentlichkeit bekanntwerden²⁹⁾ und damit möglicherweise das für den Geschäftserfolg wichtige "Image" des Unternehmens, das häufig mit hohen Werbeinvestitionen aufgebaut ist, zerstört wird.

Ein Ausschluß der Öffentlichkeit nach §§ 53 Abs. 3 Satz 2, 24 Satz 2 GWB ist in diesen Fällen nicht möglich. Nach § 53 Abs. 3 Satz 1 2. Halbsatz "kann" in Verfahren nach § 22 auf die mündliche Verhandlung verzichtet werden, wenn alle Beteiligten zustimmen, Für den Fall eines übereinstimmenden Verzichts aller

29) Die Öffentlichkeit einer Verhandlung schließt notwendig eine Geheimhaltung des gesprochenen Wortes aus, Maunz-Dürig Art. 2 Abs. 1 GG Rdn. 41; Susterhenn, Unternehmensfreiheit und Mißbrauchsaufsicht S. 46.

Beteiligten auf die mündliche Verhandlung fragt es sich, ob die Kartellbehörde nicht doch gegen den Willen der Beteiligten auf einer mündlichen Verhandlung bestehen kann. Sind Befürworter einer Mißbrauchsverfügung beigeladen oder haben sie gar die Einleitung des Mißbrauchsverfahrens beantragt, dürfte eine Übereinstimmung aller Beteiligten kaum zu erreichen sein. Die Konfrontation mit der Öffentlichkeit scheint dann unvermeidbar.

Im Hinblick auf die öffentliche Verhandlung nach §§ 23, 24 GWB hat Süsterhenn³⁰⁾ nachzuweisen versucht, daß die Verpflichtung der sich nach § 23 zusammenschließenden Unternehmen, Äußerungen vor der Öffentlichkeit abgeben zu müssen, mit der Rechtsordnung nicht vereinbar ist. Das Hauptfreiheitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG umfasse das Recht am eigenen Wort und seiner Geheimhaltung einschließlich der durch das gesprochene Wort sich mitteilenden wirtschaftlichen Absichten, Pläne und Wertungen des einzelnen. Das grundgesetzlich garantierte Recht des einzelnen, den Kreis der Adressaten seines gesprochenen Wortes selbst zu bestimmen, gelte auch dort, wo ihm eine Äußerungspflicht gegenüber staatlichen Organen auferlegt ist. Eine gesetzliche Einschränkung dieses Rechts unter dem Vorbehalt der Wahrung der "verfassungsmäßigen Ordnung" sei nur dann im Sinne des Art. 2 Abs. 1 2. Halbsatz GG gerechtfertigt, wenn nicht unter Verletzung des dem Rechtsstaatsprinzip entspringenden Übermaßverbots in ein Grundrecht stärker eingegriffen werde, als dies der Anlaß des Eingriffs gebiete. Sodann stellt Süsterhenn eine Disproportionalität zwischen dem Zweck der in §§ 23, 24 normierten Konzentrationskontrolle und den Folgen des Öffentlichkeitsprinzips fest. Der Zweck des Gesetzes bestehe darin, daß der Kartellbehörde durch frühzeitige Kognoszierung der wirtschaftlichen Machtverhältnisse auf dem Markt die Mißbrauchsaufsicht

30) Süsterhenn aaO, insbesondere S. 45 f

Über marktbeherrschende Unternehmen erleichtert und die betroffenen Unternehmen über das Verhältnis ihres Marktverhaltens zum wirtschaftlichen Ziel der Kartellbehörde unterrichtet würden. Zur Erreichung dieses Zwecks genüge es, wenn n u r die Kartellbehörde über die betriebsinternen Angelegenheiten der betroffenen Unternehmen unterrichtet werde.

Zu Recht sieht Süsterhenn die Gefahr, daß in der Verhandlung vor der Kartellbehörde betriebswirtschaftliche Vorgänge und Planungen zur Sprache kommen, deren Offenbarung vor der Öffentlichkeit wettbewerbliche und geschäftsschädigende Folgen erheblichen Ausmaßes haben kann, ohne daß es sich, wie hier bereits gesagt wurde, um wichtige Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse im rechtstechnischen Sinn zu handeln braucht. Diese Folgen wären um so weniger erwünscht, als die Verhandlung zu dem Ergebnis führen kann, daß die gesetzlichen Voraussetzungen für ein Tätigwerden der Kartellbehörde nicht gegeben sind.

Welche Folgerungen sind daraus für die öffentliche Verhandlung zu ziehen? Süsterhenn hält § 24 GWB für verfassungswidrig. Zu diesem Ergebnis gelangt er unter der Prämisse, § 24 enthalte eine zwingende Verpflichtung der betroffenen Unternehmen, sich vor der Öffentlichkeit äußern zu müssen. Bestünde tatsächlich eine solche Äußerungspflicht, ließe die Unvereinbarkeit zwischen Öffentlichkeitsprinzip und Übermaßverbot kein anderes Ergebnis als die Verfassungswidrigkeit des § 24 zu. Der Gesetzeswortlaut zwingt jedoch nicht zu einer derartigen Auslegung. Die Kartellbehörde kann die Betroffenen zu einer öffentlichen mündlichen Verhandlung oder zu einer schriftlichen Äußerung auffordern. Der Gesetzgeber hat ausdrücklich nur eine "Kann-Vorschrift" schaffen wollen, damit die Kartellbehörde zur Berücksichtigung der "Besonderheiten eines jeden Einzelfalls" in der Lage sei. Ob

31) Begründung zum Regierungsentwurf Abschnitt III Einzelbegründung Zu Art. 1 Nr. 13, BT-Drucksache IV/2564 (GenK Nachtrag 2. Aufl. S: 185).

sich die Unternehmen mündlich-öffentlich oder schriftlich äußern, stellt das Gesetz also in das pflichtgemäße Ermessen der Kartellbehörde. Das bietet die Möglichkeit, § 24 verfassungskonform auszulegen³²⁾.

Denkbar ist folgende Lösung: In Anbetracht des grundgesetzlich geschützten Rechts am eigenen Wort übt die Kartellbehörde ihr Ermessen nur dann in gesetzlich zulässiger Weise und, im Sinne des Gesetzgebers, unter Berücksichtigung der Besonderheiten jedes einzelnen Falles aus, wenn sie die mündlich-öffentliche Äußerung im Rahmen des § 24 von der Zustimmung der betroffenen Unternehmen abhängig macht. Setzt sie gegen den Einspruch eines Betroffenen pflichtwidrig dennoch eine öffentliche Verhandlung an, ist den Betroffenen das Recht einzuräumen, der Verhandlung ohne Entschuldigung fernzubleiben. Sie können sich dann schriftlich äußern.

32) Das Bundesverfassungsgericht vertritt in ständiger Rechtsprechung den Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung, wonach im Zweifel jene Gesetzesinterpretation zu wählen ist, die mit der Verfassung vereinbart werden kann. Vgl. BVerfGE 2, 226 (282); 2, 336 (340 f); 4, 7 (22); 6, 32 (43); 7, 120 (126 f); 8, 71 (77 f); 15, 275 (282). Ähnlich Maunz-Dürig, Art. 19 IV Rdn. 24 cc, 33, 36 dd; Art. 20 Rdn. 67, 116 bb.

Demgegenüber ziehen Benders MDR 1959 S. 447 und G.u.D. Reinicke, NJW 1955 S. 1665, die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung enger: Stehe eine - eindeutig feststellbare - gesetzgeberische Ordnungsvorstellung mit den verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen in Widerspruch, so könne die damit nichtige Rechtsnorm nicht in eine wirk-same Rechtsnorm umgedeutet werden; das auch dann nicht, wenn diese mit ihrem Wortsinn noch verein-bar sei und das Rechtsanwendungsorgan den so ge-deuteten Inhalt für sinnvoll halte.

Die verfassungskonforme Auslegung rechtfertigt sich vorliegend auch, wenn man der engeren Ansicht Benders und G.u.D. Reinickes folgt, da nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers die Besonderheiten des einzelnen Falls sollen berücksichtigt werden können. Damit ist eine gesetzgeberische Vorstellung positiv festzustellen, die mit der von der Verfassung geforderten Auslegung in Ein-klang steht.

Für die Auslegung der Verfahren nach §§ 53 Abs. 3, 22 GWB könnten ähnliche Überlegungen von Bedeutung sein. Mit Süsterhenn ist davon auszugehen, daß eine Äußerungspflicht vor der Öffentlichkeit nicht mit dem Aufklärungsinteresse der Kartellbehörden gerechtfertigt werden kann. Der Gesetzgeber hat aber mit der Einführung der Publizität in das Verfahren nach § 22 darüber hinaus eine vorbeugende Wirkung gegenüber groben Mißbräuchen durch marktbeherrschende Unternehmen bezweckt. Zur Erreichung dieses Zwecks ist der freie Zugang der Öffentlichkeit zur mündlichen Verhandlung erforderlich; anders als im Zusammenhang mit § 24 GWB genügt die bloße Unterrichtung der Kartellbehörde dem erklärten Gesetzeszweck nicht. Der mit dem Öffentlichkeitsprinzip angestrebte Abschreckungszweck ist aber, wie dargelegt wurde, mit dem Sinn und der Funktion eines Verwaltungsverfahrens nicht vereinbar. Die mündliche Verhandlung dient, wie überhaupt das Verwaltungsverfahren, der Vorbereitung einer richtigen Verwaltungsentscheidung unter Wahrung eines umfassenden präventiven Rechtsschutzes. Als Vorbeugungsmaßnahme gegenüber mißbräuchlichem Marktverhalten ist das Verfahren untauglich. Die geäußerte Absicht des Gesetzgebers braucht deshalb nicht beachtet zu werden³³⁾.

Demnach wäre auch für Mißbrauchsverfahren nach §§ 22, 53 Abs. 3 GWB eine Äußerungspflicht der Beteiligten verfassungswidrig. Indes läßt der Gesetzeswortlaut auch hier eine verfassungskonforme, den Zugang der Öffentlichkeit einschränkende Auslegung zu. Die bereits angeschnittene Frage, ob die Kartellbehörde gegen den Willen aller Beteiligten auf einer öffentlichen mündlichen Verhandlung bestehen kann, ist angesichts der verfassungsmäßigen Bedenken gegen-

33) Wollte man dem Vorbeugungszweck zur Wirksamkeit verhelfen, läge ein Widerspruch der GWB-Verfahrensregelung mit sich selbst vor, ein sogenannter Normwiderspruch. Wo ein solcher sich zeigt, ist es Aufgabe der Auslegung, ihn auszusräumen. Vgl. Larenz, Methodenlehre S. 235.

über einer Äußerungspflicht vor der Öffentlichkeit zu verneinen. Eine derartige Auslegung entspricht auch der Absicht des Gesetzgebers³⁴⁾, durch § 53 Abs. 3 Satz 1 2. Halbsatz solle in geeigneten Fällen den Belangen der Beteiligten möglichst weitgehend Rechnung getragen werden.

Besteht die Kartellbehörde dennoch auf einer mündlichen öffentlichen Verhandlung oder muß sie darauf bestehen, weil ein Beteiligter nicht darauf verzichten will, steht das Erscheinen zur Verhandlung den anderen Beteiligten frei. Die Beteiligung am Verfahren begründet nur Rechte, nicht aber auch Pflichten^{34a)}. Den Geheimhaltungsinteressen der dem mündlichen Verfahren fernbleibenden Beteiligten ist damit Genüge getan. Sind Befürworter einer Mißbrauchsverfügung kraft Antragstellung oder Beiladung als Beteiligte in der mündlichen Verhandlung erschienen, können sie sich vor der Öffentlichkeit zum Verfahren äußern. Zwar ist es nicht ausgeschlossen, daß dabei neue tatsächliche oder rechtliche Gesichtspunkte in das Verfahren eingeführt werden. Da die Verhandlung vor der Öffentlichkeit stattfindet, ist auch die Kenntnisnahme der ferngebliebenen Beteiligten gesichert. Auf eine schriftliche Information durch die Kartellbehörde sind sie nicht angewiesen. Ob die Kartellbehörde dazu verpflichtet wäre, ist eine Frage ohne praktische Bedeutung, die hier dahingestellt bleiben mag. Jedenfalls haben auch diejenigen Verfahrensbeteiligten, die der öffentlichen Verhandlung ferngeblieben sind, das Recht, nochmals schriftlich zu neuen tatsächlichen oder rechtlichen Gesichtspunkten Stellung zu nehmen.

34) Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucksache IV/2564 (GemK Nachtrag zur 2. Aufl. S. 210)

34a) Vgl. oben S. 30 f.

Die Beteiligten können sich demnach der Gegenüberstellung mit der Öffentlichkeit im Kartellverfahren entziehen. Das Institut der Verfahrensbeteiligung ist nicht das geeignete Mittel, dem Vorbeugungsgedanken zum Ziele zu verhelfen. Einmal würde das der Rechtsschutzfunktion, die sie zu leisten hat, zuwiderlaufen. Zum anderen nützen Öffentlich geäußerte Stellungnahmen auch dem Verfahren nicht, wenn sie nicht gar schaden. Solange die Öffentlichkeit zugelassen ist, werden die Unternehmen nicht zur Behörde und damit zur Sache sprechen, sondern zum Publikum. Der Informationswert öffentlicher Verhandlungen dürfte äußerst gering zu veranschlagen sein.

Es müssen andere Wege^{34a)} gefunden werden, um die erhöhte wirtschaftliche Macht marktbeherrschender Unternehmen mit ihrer gesteigerten Verantwortung gegenüber der Allgemeinheit in Einklang zu bringen. Daß der Öffentlichkeit gesicherte Informationsmöglichkeiten und eine gewisse Kontrolle über das Wettbewerbsverhalten der Großunternehmen verschafft werden sollten, wird damit nicht in Abrede gestellt. Nur darf das nicht auf Kosten des Verwaltungsverfahrens und seiner Institutionen geschehen.

34a) Man könnte beispielsweise daran denken, analog zur gesellschaftsrechtlichen Publizität eine Pflicht zur Offenlegung der Wettbewerbssituation und des Wettbewerbsverhaltens für marktbeherrschende Unternehmen einzuführen, wodurch diese zur regelmäßigen Bekanntgabe etwa ihrer Umsätze auf dem beherrschten Markt, ihres prozentualen Anteils am gesamten Inlandsumsatz (soweit bekannt), ihrer Motivation für die Veränderung von Aktionsparametern usw. gehalten würden.

IV. Die Mitwirkung im Beweisverfahren

Die für die Verwaltungsentscheidung maßgeblichen Tatsachen ermittelt die Kartellbehörde gemäß § 54 Abs. 1 GWB selbständig nach dem Untersuchungsgrundsatz. Das bedeutet, daß die Beteiligten grundsätzlich von der eigentlichen Ermittlungstätigkeit ausgeschlossen sind³⁵⁾. Dieser Grundsatz gilt uneingeschränkt für alle formlosen Ermittlungshandlungen, die die Kartellbehörde vornimmt, wie vor allem der Schriftverkehr mit Beteiligten und Informanten und die Kenntnisaufnahme von Publikationen. Die Beteiligten werden lediglich über das Ergebnis der Ermittlungen informiert.

35) Die Mitwirkung an der Ermittlung ist zu unterscheiden von der Frage, zu wessen Lasten die Nichterweislichkeit bestimmter Tatsachen geht. Bei letzterem handelt es sich um die sich aus den materiellrechtlichen Vorschriften des GWB ergebende Beweislast, die häufig, vor allem bei Antrags- und Erlaubnisverfahren, den Beteiligten obliegt. - Junge GemK § 54 Anm. 1 sieht in § 3 Abs. 3 Nr. 1 und 3 eine ausnahmsweise Übertragung der Ermittlungsführung auf die Anmelder eines Rabattkartells (Nr. 1) und die vom Rabattkartell betroffenen Marktbeteiligten (Nr. 3). M.E. stellen auch diese Vorschriften bloße Beweislastregeln auf. Die Anmelder eines Rabattkartells müssen wie die Anmelder von Konditionen- und Spezialisierungskartellen Tatsachen vortragen und billigen, deren Vorliegen die Kartellbehörde zur Unterlassung des Widerspruchs ermächtigt. Der Vortrag der Anmelder schließt aber eine Ermittlungstätigkeit der Kartellbehörde nicht aus, sondern ist deren Grundlage. Dasselbe gilt für § 3 Abs. 3 Nr. 3 GWB. Danach hat die Kartellbehörde zu widersprechen, wenn Marktbeteiligte gegenüber der Kartellbehörde eine Diskriminierung geltend machen und sich diese innerhalb eines Monats belegen läßt. Die Kartellbehörde ist verpflichtet, die ihr vom Marktbeteiligten angebotenen Aufklärungsmittel (Urkunden, Zeugen, Sachverständige usw.), soweit es in der kurzen Zeit möglich ist, zur Ermittlung heranzuziehen. Wenn der Marktbeteiligte die Diskriminierung "nachzuweisen" hat, besagt dies lediglich, daß die Nichterweislichkeit der Diskriminierung innerhalb eines Monats zu seinen Lasten geht.

Wie verhält es sich aber mit dem Beweisverfahren nach § 54 Abs. 2 GWB? Durch die Verweisung auf eine Reihe von Vorschriften der ZPO ist das Verfahren zur Führung des Beweises durch Augenschein, Zeugen und Sachverständige weitgehend formalisiert worden. Die in der ZPO dem Gericht zugewiesenen Aufgaben werden im Kartellverfahren von der Kartellbehörde wahrgenommen, die Aufgaben des Vorsitzenden des Gerichts von dem die Beweisaufnahme leitenden Behördenmitglied. Nicht so eindeutig zu beantworten ist es, ob die den Parteien im Zivilprozeß eingeräumte Mitwirkung am Beweisverfahren auch den Verfahrensbeteiligten im Beweisverfahren nach § 54 Abs. 2 GWB zusteht.

Außern sich Zeugen (§ 377 Abs. 3 und 4 ZPO) oder Sachverständige (§ 411 ZPO) schriftlich, so genügt es im Zivilprozeß wie im Kartellverfahren, wenn den Parteien bzw. Beteiligten Verlauf und Ergebnis der Beweisaufnahme mitgeteilt wird. Für die Beweisaufnahme auf mündlicher Grundlage gilt nach § 357 Abs. 1 ZPO im Zivilprozeß der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit, d.h. Parteien und Streithelfer dürfen jeder Beweisaufnahme persönlich neben ihrem Prozeßbevollmächtigten beiwohnen. Da § 54 Abs. 2 GWB eine Verweisung auf § 357 ZPO unterläßt, stellt sich die Frage, ob den Beteiligten das Recht auf Teilnahme an Befragungen von Zeugen und Sachverständigen verwehrt ist³⁶⁾.

36) Dörinkel, MA 1965 S. 743, berichtet, daß eine Beschlußabteilung des Bundeskartellamtes ein Amtsgericht, dem die eidliche Vernehmung von Zeugen in einer Preisbindungssache nach § 17 GWB oblag, aufforderte, von einer Mitteilung des Beweistermins an die betroffenen Hersteller abzu-
sehen, weil die zivilprozessualen Vorschriften über die Parteiöffentlichkeit für die Beweisaufnahme im Kartellverfahren nicht anwendbar seien.-
Die gleiche Frage stellt sich im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wo sie ebenfalls verneint wurde von RGZ 63, 275; Bay OLG Z 51, 417; OLG Frankfurt FamRZ 62, S. 173.

Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs zwingt zwar nicht zur Übertragung der Parteiöffentlichkeit in das Beweisverfahren der Kartellbehörden, da er keinen Anspruch darauf gewährt, daß die Beweise nach bestimmten Verfahrensregeln erhoben werden müßten³⁷⁾. Das Recht der Beteiligten auf Teilnahme an mündlichen Beweisverfahren ergibt sich aber aus dem Verfahrensrecht selbst. Nach § 54 Abs. 2 GWB findet § 397 ZPO im Kartellverfahren entsprechende Anwendung. Danach sind die Parteien, im Kartellverfahren also die Beteiligten, berechtigt, den Zeugen und Sachverständigen³⁸⁾ diejenigen Fragen vorlegen zu lassen, die sie zur Aufklärung der Sache und der Verhältnisse der Zeugen und Sachverständigen für sachdienlich erachten. Die Ausübung dieses Fragerechts setzt die Anwesenheit der Beteiligten oder ihrer Verfahrensbevollmächtigten im Beweistermin und deshalb auch ihre Ladung voraus. Denn das Recht, Fragen an den Zeugen und Sachverständigen stellen zu lassen, kann nur unmittelbar in Verbindung mit deren Vernehmung von einer im Vernehmungstermin vertretenen Partei ausgeübt werden³⁹⁾. Folglich hat die Kartellbehörde oder, bei eidlicher Vernehmung, das zuständige Amtsgericht, die Beteiligten von dem Beweistermin zu benachrichtigen und ihre persönliche Anwesenheit und die Ausübung des Fragerechts zuzulassen⁴⁰⁾.

37) BVerfGE 1, 418 (429); Bay VGH NJW 62 S. 531

38) Die Verweisungsvorschrift des § 402 ZPO ist in § 54 Abs. 2 GWB ebenfalls genannt.

39) BGHZ 35, 372

40) Zum gleichen Ergebnis kommt Dörinkel MA 1965 S. 744 f. Zum Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit: KG NJW 1962 S. 2114. - Dörinkel aaO erklärt das Fehlen einer Verweisung auf § 357 ZPO mit einer überhasteten Redaktion der Verwaltungsvorschriften des GWB. Er macht auch auf das Versäumnis aufmerksam, den Urkundenbeweis (§§ 415 ff ZPO) und Vorschriften des allgemeinen Beweisverfahrens in das Kartellverfahren zu übernehmen. Das KG aaO legt u.a. dar, daß die Parteiöffentlichkeit der Beweisaufnahme auf die Verfahren, die der Amtsermittlungsgrundsatz unterliegen, ebenso wie die Verfahren, die von der Partei-ermittlung bestimmt sind.

V. Rechtsfolgen bei Verletzung von Mitwirkungsrechten

Welche Rechtsfolgen treten ein, wenn die Kartellbehörden die Mitwirkungsrechte Beteiligter beschränken oder gar ganz übergehen? Können Informationen über bestimmtes Verfahrensmaterial oder die Entgegennahme oder Verwertung von Stellungnahmen durch Rechtsmittel erzwungen werden? Welchen Einfluß hat die Verletzung von Mitwirkungsrechten auf die abschließende Verwaltungsentscheidung?

Das GWB gibt auf diese Fragen unmittelbar keine Antwort und macht damit den Rückgriff auf die allgemeinen Verfahrensgrundsätze frei. Im Verwaltungsverfahren wirkt sich die Verletzung rechtlichen Gehörs am Bestand oder Bestehenbleiben der das Verfahren abschließenden Entscheidung aus. Je nach dem Grad des Verstoßes kann der Verletzte die Verfügung wegen Rechtswidrigkeit anfechten oder sich gar auf ihre Nichtigkeit berufen⁴¹⁾. Dagegen stehen ihm für die Durchsetzung der Anhörung für das Verwaltungsverfahren keine Rechtsmittel zur Verfügung.

Ob diese Grundsätze auch auf das Beweisverfahren der Kartellbehörden zu übertragen sind, könnte deswegen bezweifelt werden, weil § 54 Abs. 2 GWB weitgehend das zivilprozessuale Beweisverfahren übernimmt und die übernommenen Vorschriften der ZPO eine besondere Beschwerderegelung treffen.⁴²⁾ So können auch im Beweisverfahren der Kartellverwaltung die Zeugen und Sachverständigen solche Maßnahmen, mit denen die Kartellbehörden oder die beauftragten Amtsgerichte gegen das Fernbleiben vom Termin und die Verweigerung des Zeugnisses vorgehen, mit der Beschwerde anfechten (§§ 380 Abs. 3, 390 Abs. 3, 409

41) So die hM, vgl. BGH DÖV 1954, 438; Bay VGH 4, 164 (173); Württ.-Bad. VGH Bebenhausen (Tübingen) VwRspr. 3, 431 (432); VwRspr. 9, 663; Maunz-Dürig Art. 103 GG Rdn. 95; König DVBl 1959 S. 194 f. AA: Forsthoff, Lehrb. § 12 c (8. Aufl. S. 217 sowie Fn. 6); Jellinek S. 290; VGH Kassel, NJW 1956, 1940; danach kommt nur Aufhebbarkeit des Verwaltungsakts in Betracht.

42) § 54 Abs. 2 Satz 2 GWB weist ausdrücklich auf die Übernahme der Beschwerde der ZPO in das Beweis-

Abs. 2, 411 Abs. 2 ZPO). Diese Regelung betrifft aber lediglich Zeugen und Sachverständige und sagt nichts über die Rechtsfolgen aus, auf die sich die Verfahrensbeteiligten berufen können. Den Beteiligten ist das Rechtsmittel der Beschwerde eingeräumt gegen Entscheidungen der Kartellbehörden oder beauftragte Amtsgerichte über die Rechtmäßigkeit der Zeugnisverweigerung (§ 387 Abs. 3 ZPO) und gegen den Beschluß, durch den die Ablehnung eines Sachverständigen für unbegründet erklärt wird (§ 406 Abs. 5 ZPO). Auf diese Tatbestände können sich die Beteiligten also nicht erst zusammen mit der Anfechtung der abschließenden Verfügung stützen, sondern bereits im Kartellverfahren mit der Beschwerde beim zuständigen Oberlandesgericht. Allerdings betrifft weder die Rechtmäßigkeit einer Zeugnisverweigerung noch die Ablehnung eines Sachverständigen das Recht der Beteiligten auf Anwesenheit im Beweisverfahren. Das Beschwerderecht ist auf die Sicherung der Beweismittel - Zeugenaussage und Sachverständigengutachten - beschränkt. Zwar hängt Gegenstand und Verlauf einer Beweisaufnahme regelmäßig von den verwendeten Beweismitteln ab. Das formelle Recht der Beteiligten, zum Beweisternin geladen zu werden und den Zeugen und Sachverständigen Fragen vorlegen zu lassen, wird aber dadurch nicht berührt. Auch die ZPO stellt für die Verletzung der Parteiöffentlichkeit der Beweisaufnahme kein besonderes Rechtsmittel zur Verfügung. Ein Verstoß gegen § 357 ZPO kann auch im Zivilprozeß nur zusammen mit der Endentscheidung angefochten werden. Überträgt man, wie das oben⁴³⁾ geschehen ist, den Grundsatz der Parteiöffentlichkeit auf das Beweisverfahren der Kartellverwaltung, obwohl § 54 Abs. 2 GWB nicht auf § 357 ZPO verweist, rechtfertigt sich auch die Übernahme des im Zivilprozeß vorgesehenen Rechtsbehelfsprinzips⁴⁴⁾.

43) S. 206

44) Dörinkel, MA 1965 S. 745

Die weitgehende Bezugnahme des GwB auf das zivilprozessuale Beweisverfahren steht demnach der Versagung eines besonderen Rechtsmittels nicht entgegen, sondern bestätigt sie. Die Verletzung von Mitwirkungsrechten kann deshalb, gleichgültig, ob es um die allgemeine Mitwirkung am Verwaltungsverfahren oder um die Mitwirkung am Beweisverfahren geht, erst im Zusammenhang mit der abschließenden Verwaltungsentscheidung gerügt werden. Als Rechtsfolge kommt Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit der Kartellverfügung in Betracht.

Zur Abgrenzung der nichtigen von lediglich anfechtbaren Verfügungen wird in der Rechtsprechung⁴⁵⁾ darauf abgestellt, ob durch die Versagung der Anhörung der Verwaltungsakt "möglicherweise zusammen mit anderen Umständen zu einem dem Bereich der hoheitlichen Betätigung fremden, gesetzlich überhaupt nicht zu rechtfertigenden Akt reiner Willkür wird". Diese allgemeine Feststellung dürfte aber zur Erzielung praktischer Ergebnisse nur ausnahmsweise geeignet sein, da sie nichts für die Verletzung des Rechts auf Gehör typischerweise Geltendes aussagt⁴⁶⁾. Der Auffassung, daß die Verletzung rechtlichen Gehörs stets dann zur Nichtigkeit des Verwaltungsakts führe, wenn die Anhörung gesetzlich vorgeschrieben und damit zum wesentlichen Bestandteil des Verwaltungsverfahrens geworden ist⁴⁷⁾, kann nicht gefolgt werden; denn sie geht von der unzutreffenden Voraussetzung aus, daß rechtliches Gehör nur dort gewährt werden müsse, wo die positive Normierung es verlangt⁴⁶⁾. Zutreffend und praktikabel ist dagegen die Differenzierung nach der Intensität des Verstoßes gegen das Recht auf Gehör und der Art des Hoheitsakts⁴⁶⁾. Von vornherein kommt danach Nichtigkeit nur dann in Betracht, wenn der Anhörungsberechtigte vor Erlass der

45) BGH DOV 1954, 438; ähnlich VGH Bebenhausen (Tübingen) aaO (S. 664 f).

46) König, LVBl 1959 S. 194

47) Maunz-Dürig, Art. 103 GG Rdn. 95; Art. 1 GG Rdn. 36 Fn. 1; VGH Bebenhausen (Tübingen) aaO (S. 663 ff)

Maßnahme überhaupt nicht, nicht aber schon dann, wenn er lediglich nicht ausreichend gehört wurde. Von der Nichtigkeit sollen ferner nur behördliche Maßnahmen strafähnlicher Natur⁴⁸⁾ betroffen werden, weil zu solchen die Gewährung rechtlichen Gehörs wesensmäßig in Beziehung steht. Behördliche Verbote und Gebote sowie die Entziehung von Rechtspositionen sind dagegen lediglich aufhebbar, wenn Anhörungsberechtigte überhaupt nicht oder nicht ausreichend gehört wurden.

Für das Schicksal der Kartellverwaltungsentscheidung, die unter Verletzung rechtlichen Gehörs zustande gekommen ist, ergibt sich daraus folgendes: Wenn Beteiligte zwar gehört, aber nicht ausreichend gehört wurden oder wenn Beteiligte lediglich nicht zur Beweisvernehmung von Zeugen oder Sachverständigen geladen wurden, kommt von vornherein bloße Anfechtbarkeit in Betracht. Bei nicht gehöriger Mitwirkung an der Beweisaufnahme ist diese unwirksam, sie kann nicht verwertet werden⁴⁹⁾. Die Aufhebung der Verwaltungsentscheidung hängt dann davon ab, ob das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidungserheblich war.

Unterbleibt die Mitwirkung eines Beteiligten gänzlich, hängt die Nichtigkeit der Verfügung davon ab, ob die betreffende kartellbehördliche Maßnahme strafähnlichen Charakter hat. Die Verfügungen, die Gegenstand eines Kartellverfahrens sein können, stellen regelmäßig Erlaubnisse, Unwirkenmerkklärungen oder Untersagungen dar. Erst auf indirektem Wege, nämlich dann, wenn sich jemand über eine Verwaltungsentscheidung hinwegsetzt und damit eine Ordnungswidrigkeit begeht (§ 38 Abs. 1 Nr. 2, 4 - 6, Abs. 2 Nr. 2 GWB), kommt ihnen strafähnlicher Charakter zu. Der Verhängung von Bußgeldern geht aber ein eigenständiges Bußgeldverfahren voraus, das die Mitwirkung der Betroffenen

48) Etwa die Ahndung von Ordnungswidrigkeiten, von Verstößen gegen eine Verordnung oder Satzung, der Erlass von Disziplinarverfügungen.

49) RGZ 136, 300; Baumbach-Lauterbach, § 357 ZPO Anm. 1 C

sichert (§ 84 Abs. 1 Satz 1 GWB). Da die Strafbarkeit der Verwaltungsentscheidung nicht selbst anhaftet, würde es zu weit führen, die hoheitliche Anordnung einer Kartellbehörde schon bei Verletzung des rechtlichen Gehörs als ein rechtliches nullum zu behandeln.

Die Beteiligten können sich somit ihr Recht nur dadurch verschaffen, daß sie die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch Anfechtung der Verfügung im Wege der gerichtlichen Beschwerde geltend machen (§ 62 Abs. 2 GWB)⁵⁰⁾. Nach Wegfall des behördlichen Einspruchsverfahrens ist eine Heilung dieses Verstoßes nur im gerichtlichen Verfahren möglich, in diesem aber auch nur dann, wenn das Gericht in vollem Umfang zugunsten des Beschwerdeführers entscheiden wird. Bleibt die Verletzung des rechtlichen Gehörs auch im Beschwerdeverfahren beachtlich, muß das Beschwerdegericht die fehlerhafte Verfügung wegen des Verfahrensmangels aufheben.

50) Abweichend hiervon hält Frankf.Komm. § 53 Ts. 8 auch Nichtigkeit für möglich.

§ 12. Die Rechtsmittelrechte der Beteiligten

Neben die Mitwirkungsrechte treten zur Vervollständigung der Rechtsstellung der Beteiligten am Kartellverfahren einzelne weitere Berechtigungen, die den Verfahrensbeteiligten mit der repressiven Kontrolle der fertigen kartellbehördlichen Entscheidung in Beziehung bringen¹⁾. Im Mittelpunkt dieser Berechtigungen steht die gerichtliche Nachprüfung der Tätigkeit der Kartellbehörden. Die daneben bestehende behördliche Kontrolle in zweiter Kartellverwaltungseinstanz ist mit der Streichung²⁾ der §§ 59 bis 61 GWB weggefallen, um die beschleunigte und vereinfachte Abwicklung der Kartellverwaltungsangelegenheiten zu fördern³⁾.

I. Die Legitimation der Beteiligten zur Beschwerdeeinlegung

Inwieweit gerade die am Verfahren vor den Kartellbehörden Beteiligten zur Einlegung der Beschwerde zum Zwecke der Überprüfung der Tätigkeit der Kartellbehörden durch die Kartellsenate der Oberlandesgerichte (§§ 62 Abs. 4, 96 GWB) berechtigt sind, bestimmt sich nach § 62 Abs. 2 und 3 GWB. Danach sind die Voraussetzungen zur Beschwerdeeinlegung verschiedenartig

- 1) Eine Parallele zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen zu ziehen, ist hier nicht möglich, da die Regelung der gerichtlichen Nachprüfung der Verwaltungsentscheidungen in der VwGO erschöpfend erfolgt ist, so daß die Verwaltungsverfahrensgesetze insoweit gar nicht regeln können. Auf eine Darstellung der Vorschriften der VwGO, denen die Anknüpfung der gerichtlichen Nachprüfung von Verwaltungsentscheidungen an die Beteiligung am vorausgehenden Verfahren vor der aktiven Verwaltungsbehörde fremd ist, soll hier verzichtet werden.
- 2) Siehe oben S. 12.
- 3) Der Gesetzgeber hatte sich vom Einspruchsverfahren eine die Gerichte entlastende "Filterwirkung" versprochen. Diese hat sich dann aber in der Praxis nicht eingestellt, so daß der Gesetzgeber nunmehr eine Verwaltungseinstanz für ausreichend hält. Vgl. den Schriftlichen Bericht des Wirtschaftsausschusses zur Novelle 1965, Zu § 48, abgedruckt in GemK, Nachtrag zur 2. Aufl. S. 208.

ausgestaltet, je nachdem, ob eine bereits ergangene Verfügung der Kartellbehörde angefochten oder die Ver-
nahme einer bisher unterlassenen, aber beantragten
Verfügung begehrt wird.

1. Die Legitimation zur Anfechtung

Die Beschwerde gegen Verfügungen, die einen posi-
tiven Verwaltungsakt enthalten (§§ 62 Abs. 2, 70 Abs. 2
GWB), entspricht in ihrer Funktion der Anfechtungs-
klage der VwGO⁴⁾. Auf dem Wege über diese Beschwerde
sind kartellbehördliche Verfügungen aller Art anfecht-
bar, also einschließlic⁵⁾ der Auskunftverlangen und
Prüfungsanordnungen nach § 46 GWB⁶⁾, der Vorabent-
scheidung über die Zuständigkeit nach § 52 GWB, der
einstweiligen Anordnung nach § 56 GWB sowie der Bei-
ladungsverfügung nach § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB⁷⁾. Die
Legitimation zur Beschwerde nach §§ 62 Abs. 2, 70
Abs. 2 GWB steht den Beteiligten an dem Verfahren zu,
welches die Kartellbehörde zur Vorbereitung der be-
treffenden Verfügung betrieben hat. Hinsichtlich der
Aktivlegitimation macht es keinen Unterschied, ob es
sich um Haupt- oder Nebenbeteiligte, unmittelbar Be-
troffene oder Beigeladene handelt.

4) Vgl. §§ 62 Abs. 2, 70 Abs. 2 GWB einerseits, §§ 42
Abs. 1, 113 Abs. 1 VwGO andererseits. - Wie hier:
Zweigert, GemK § 70 Anm. 4; Mailänder, WuW 1965
S. 665.

5) Baur, ZZP Bd. 72 (1959) S. 13 f; Zweigert aaO
Anm. 12 ff. Zur analogen Problematik im Verfahren
der freiwilligen Gerichtsbarkeit vgl. Baur, Frei-
willige Gerichtsbarkeit I S. 313 ff.

6) Das im folgenden Gesagte gilt nur, soweit Maßnahmen
nach § 46 GWB im Rahmen eines Kartellverfahrens ge-
troffen werden, nicht aber, was auch möglich ist,
wenn das vor der Einleitung eines Kartellverfahrens
oder im Bußgeldverfahren geschieht.

7) Zur Anfechtung der Beiladungsverfügung im einzel-
nen vgl. oben S. 113 ff.

Diese Regelung hat den Vorzug, daß das Beschwerdegericht nicht zu überprüfen braucht, ob der Anfechtung der Kartellverwaltungsentscheidung eine Rechtsbeeinträchtigung in der Person des am Kartellverfahren beteiligten Beschwerdeführers zugrunde liegt⁹⁾. Auf der anderen Seite hat sich der Gesetzgeber mit der Beschränkung der Beschwerdelegitimation auf die Verfahrensbeteiligten die Gefahr eingehandelt, Drittpersonen⁸⁾, die in ihren Rechten durch die angefochtene Verwaltungsentscheidung beeinträchtigt werden, entgegen Art. 19 Abs. 4 GG auszuschließen. Denn diese sind nicht automatisch am Kartellverfahren beteiligt, sondern müssen beigeladen werden. Zwar sind die sachlichen Beiladungsvoraussetzungen weiter als Art. 19 Abs. 4 GG, die Beiladung liegt aber grundsätzlich im Ermessen der Kartellbehörden. Diese Überlegung hat uns dazu geführt, den in ihren Rechten betroffenen Dritten einen Rechtsanspruch auf Beiladung zum Kartellverfahren zuzuerkennen. Damit ist auch ihre Beschwerdelegitimation gesichert. Selbstverständlich müssen auch diejenigen zur Anfechtung legitimiert sein, deren Rechtsbeeinträchtigung sich erst nach dem Erlass der Verwaltungsentscheidung herausstellt. Allerdings wäre es eine überflüssige Formalität, auch in einem solchen Fall auf dem Erlass eines Beiladungsbescheides, den der Dritte zugleich mit der Beschwerdeeinlegung oder vorher förmlich beantragen müßte, zu bestehen. Da die Kartellbehörde den Drittbetroffenen hätte beiladen müssen, wenn er die Rechtsbeeinträchtigung schon vorher erkannt und einen entsprechenden Antrag gestellt hätte, ist er - zumindest in entsprechender Anwendung des § 62 Abs. 2 GWB - zur Anfechtung der

8) Für Veranlasser tritt dieses Dilemma nicht ein, weil sie auch unabhängig von der Adressierung der Verfügung gem. § 51 Abs. 2 Nr. 2 GWB automatisch Verfahrensbeteiligte und damit zur Beschwerde legitimiert sind, vgl. oben S. 104.

9) Auf die Schwierigkeiten, die demgegenüber im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit auftauchen, verweist Baur, ZRP Bd. 72 (1959) S. 14.

der Verwaltungsentscheidung befugt¹⁰⁾.

2. Die Legitimation zur Untätigkeitsbeschwerde

Ähnlich der Verpflichtungsklage der VwGO¹¹⁾ kann im Wege der Beschwerde nach §§ 62 Abs. 3, 70 Abs. 3 GWB aber auch das Unterbleiben einer Verfügung gerichtlich überprüft werden. Diese Beschwerdeform trifft sowohl dann zu¹²⁾, wenn die Kartellbehörde den Antrag auf Vornahme der Verfügung ohne zureichenden Grund in angemessener Frist überhaupt nicht beschieden hat (§ 62 Abs. 3 Satz 2), wie auch dann, wenn sie den Antrag auf Vornahme durch einen negativen Bescheid abgelehnt hat¹³⁾. Die Bestimmung der Legitimation zur beschwerdemässigen Erzwingung noch nicht erlassener Verfügungen knüpft gegenüber der erstgenannten Beschwerdeform nicht an die Beteiligung am Kartellverfahren an. Da es bei Unterbleiben einer Verfügung nicht notwendig ein der Beschwerde vorausgehendes Kartellverfahren zu geben braucht¹⁴⁾, wäre die Anknüpfung an die Beteiligtenstellung im Verwaltungsverfahren auch gar nicht möglich. Nach § 62 Abs. 3 GWB kann die Vornahme einer kartellbehördlichen Genehmigung durch eine zulässige Beschwerde nur begehrt werden, wenn der Beschwerdeführer ein Recht auf Vornahme der unterlassenen Verfügung zu haben behauptet. Es muß also vom Beschwerdeführer ein Rechtsanspruch

10) Damit erledigt sich weitgehend die Diskussion darüber, ob die Kartellbehörde auch nach Erlass ihrer Verwaltungsentscheidung noch beiladen kann. Zum Streitstand vgl. Frankf.Komm., § 51 Tz. 89.

11) Vgl. §§ 62 Abs. 3, 70 Abs. 3 GWB einerseits, §§ 42 Abs. 1, 113 Abs. 4 VwGO andererseits sowie oben Fn. 4.

12) wie eine nähere Analyse des auf den ersten Blick mißverständlichen Wortlauts des § 62 Abs. 3 GWB ergibt; übereinstimmend Zweigert, GemK § 62 Anm. 9; Müller-Gries (1. Aufl.) § 62 Anm. 4. - AA.: Jessen, WuW 1960 S. 492 oben, der die Untätigkeitsbeschwerde auf die Fälle beschränkt, in denen eine Bescheidung unterbleibt. Unklar KG WuW/E OLG 677 (678ff) ("Linoleum").

13) Diesen Fall bezieht § 62 Abs. 3 Satz 1 sogar als Normalfall mit ein. Zweigert aaO schlägt vor, den verfehlten Gesetzeswortlaut durch die Ersetzung des Wortes "Unterlassung" durch "Ablehnung" richtig zu stellen.

14) Unklarheit in Antragsverfahren S. 238

auf Tätigwerden der Kartellbehörde geltend gemacht werden, der sich, wie auch sonst in allgemeinen Verwaltungsrecht, nur dann ergeben kann, wenn die Verweigerung der Tätigkeit eine Beeinträchtigung bestimmter geschützter Rechte des Antragstellers darstellt oder wenn für diesen ein Antragsrecht gesetzlich besonders angeordnet ist¹⁵⁾ (sog. formelles Antragsrecht).

Der Umfang des geschützten Rechts ist am entsprechenden Begriff des Art. 19 Abs. 4 GG zu orientieren. Zwar sagt die Rechtsweggarantie selbst direkt nichts über den materiellrechtlichen Inhalt und Umfang von Rechten und Ansprüchen aus. Aber indem Art. 19 Abs. 4 GG nicht nur den Rechtsweg für die Geltendmachung von Abwehransprüchen gegen behördliche Tätigkeit, sondern zugleich auch gegen die Nichterfüllung von Rechtsansprüchen der Bürger auf Amtshandlungen der Behörde garantiert¹⁶⁾, wird der Umfang der "Rechte", wie man sie allgemein im Zusammenhang mit Art. 19 Abs. 4 GG versteht, als Mindestumfang für die einzelgesetzlichen Vorschriften verbindlich, die die Legitimation zur Beschreitung des Rechtsweges abschließend bestimmen, und zwar prinzipiell ohne Unterschied, ob eine behördliche Tätigkeit angefochten oder herbeigeführt werden soll. Die Auslegung und Ausgestaltung der allgemeinen Verwaltungsgerichtsgesetze geben ein Beispiel für eine derartige Anpassung an den in Art. 19 Abs. 4 GG niedergelegten Verfassungsgrundsatz. Dem Einfluß dieser Verfassungsnorm ist die Entwicklung des Verständnisses der subjektiven Rechtsbeeinträchtigung vom historischen Begriff des "subjektiven öffentlichen Rechts" zu dem die gesamte von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte Rechts- und Interessensphäre umfassenden Rechtsbegriff zu verdanken¹⁷⁾, wie

15) KG WuW/E OLG 540 (542 f) ("Interessengemeinschaft") = WuW 1963 S. 506.

16) BVerwG DVBl 1961 S. 125; ebenso Bachof in seiner Anmerkung zu diesem Urteil, DVBl 1961 S. 128 ff.

17) Diese Formel gebrauchen Schunck-DeClorck, Komm. zur VwGO § 42 Anm. d, aa) (S. 187); ähnlich Bachof, Gedächtnisschrift für Jellinek S. 296.

sie sich zur Geltungszeit der Verwaltungsgerichtsgesetze in den Besatzungszonen angebahnt hatte und dann seitens des Gesetzgebers durch die Generalklauseln in den Verwaltungsgerichtsgesetzen der Länder und später der VwGO nachvollzogen wurde¹⁸⁾. In erweitertem Sinne ist daher auch der Begriff des "Rechts" im Sinne des § 62 Abs. 3 GWB zu sehen. Er umfaßt die gesamte von der Rechtsordnung, insbesondere dem materiellen Teil des GWB anerkannte und geschützte Rechts- und Interessensphäre. Die Geltendmachung eines derart geschützten Rechts legitimiert zur Untätigkeitsbeschwerde.

Also steht die Beschwerde gerade denjenigen zu, die unter Berufung auf ihre vom GWB geschützten Interessen die Einleitung von Eingriffsverfahren gegen Veranlasser von Wettbewerbsbeschränkungen begehren. Der Umfang der Antragsrechte des § 51 Abs. 1 Nr. 1 und der Rechte des § 62 Abs. 3 GWB ist gleichzusetzen. Da die Behörden dazu neigen, Anträge auf Verfahrenseinleitung unter Hinweis auf mangelnde formelle Antragsrechte abzulehnen, dürfte die Beschwerde von besonderer praktischer Bedeutung sein. Derjenige, dem das GWB einen Rechtsanspruch auf kartellbehördliches Einschreiten gegen Veranlasser von Wettbewerbsbeschränkungen zuweist, kann die Verfahrenseinleitung mit der Beschwerde gerichtlich erzwingen. Wenn der Erlaß der Eingriffsverfügung ins Ermessen der Kartellbehörde gestellt ist, überprüft das Gericht im Rahmen des § 70 Abs. 4 GWB, ob die Kartellbehörde die Verfahrenseinleitung ohne Ermessensfehler verweigert hat.

Wenn die Voraussetzungen der Aktivlegitimation zur Beschwerde einmal von der Verfahrensbeteiligung abhängig gemacht werden, das andere Mal unabhängig von der Beteiligung die Geltendmachung eines Rechtsanspruchs betreffen, fragt es sich, in welchem Verhältnis die genannten Voraussetzungen zueinander stehen. Dabei interessiert im einzelnen, ob für Verfahrensbeteiligte

¹⁸⁾ Mailänder, WuW 1965 S. 668 Fn. 52

die Untätigkeitsbeschwerde überhaupt in Betracht kommt, und bejahendenfalls, inwieweit Verfahrensbeteiligte als solche die Voraussetzungen der Untätigkeitsbeschwerde erfüllen.

Die Untätigkeitsbeschwerde kann von Verfahrensbeteiligten immer nur dann begehrt werden, wenn die Kartellbehörde im Hinblick auf einen Sachverhalt, zu dessen Regelung auch die Untätigkeitsbeschwerde erhoben wird, ein Verwaltungsverfahren betreibt oder betrieben hat. Lehnt es die Kartellbehörde gerade ab, auf ein antragsmäßiges Begehren hin ein Verfahren überhaupt einzuleiten, dann gibt es keine Beteiligten, die die Verfahrenseinleitung oder den Erlass der Verfügung im Wege der Untätigkeitsbeschwerde durchsetzen wollen. Denkbar ist aber, daß die Behörde erst im Laufe eines bereits eingeleiteten Verfahrens zu dem Entschluß kommt, von einer Verfügung abzusehen. Oder aber sie zieht den Erlass der Verfügung über eine längere Verfahrensdauer¹⁹⁾ hin, weil sie zwar ausreichendes Material gesammelt hat, aber nach weiteren Material glaubt suchen zu müssen, um ihre Entscheidung weitergehend abstützen zu können²⁰⁾. Handelt es sich dabei um Mißbrauchsverfahren, können Kartellgegner oder Gegner des unmittelbar betroffenen Marktbeteiligten daran beteiligt sein, die die Kartellbehörde zum Erlass der abgelehnten oder unterlassenen Verfügung gerichtlich zu zwingen beabsichtigen. Ebenso kann Antragstellern in Erlaubnisverfahren ein Interesse an der gerichtlichen Erzwingung einer rechtzeitigen Erlaubnisverfügung oder überhaupt der Bescheidung auch

19) Einen gewissen Anhalt für das objektive Höchstmaß der Untätigkeitsfrist bei Erlaubnisverfahren sieht Zweigert, GenK § 62 Anm. 10 darin, daß eine Kartellerlaubnis gem. § 11 Abs. 1 GWB in der Regel nur für drei Jahre zu erteilen ist; die Verfahrensfrist dürfe nur einen Bruchteil der Geltungszeit der angestrebten Verfügung betragen.

20) Nach Zweigert aaO können Ermittlungen einen "sufficienten Grund" für die Verzögerung der Entscheidung immer nur so lange abgeben, als der Sachverhalt noch nicht hinreichend abgeklärt ist.

dann erwachsen, wenn die Kartellbehörde ein Erlaubnisverfahren zwar eingeleitet, aber nicht abgeschlossen hat.

Den Verfahrensbeteiligten steht dann die Untätigkeitsbeschwerde zu, wenn sie ein Recht auf die beantragte Verfügung geltend zu machen vermögen. Demgegenüber setzt die Beiladung gem. § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB nicht die Berührung von Rechten oder rechtlichen Interessen voraus²¹⁾. Deshalb läßt die Verfahrensbeteiligung als solche keinen Schluß auf die Beschwerdelegitimation zu²²⁾. Die Voraussetzungen zur Untätigkeitsbeschwerde sind enger als diejenigen zur Beschwerde nach §§ 62 Abs. 2, 70 Abs. 2 GWB²³⁾.

Wenn zwar die Verfahrensbeteiligung nicht notwendig die Innehabung eines Rechts im Sinne des § 62 Abs. 3 GWB von vornherein voraussetzt, so könnte sie doch einen eigenen Rechtsanspruch auf die Verfügung begründen, die den Gegenstand des betreffenden Verfahrens darstellt, und damit ein Recht, dessen Geltendmachung zur Untätigkeitsbeschwerde legitimiert. Würde man diese Frage bejahen, ergäbe sich die notwendige Konsequenz, daß im Falle der Existenz eines Kartellverfahrens mindestens alle Beteiligten und, was für die Praxis wichtig ist, damit zugleich die Beigeladenen, zur Erhebung einer zulässigen Untätigkeitsbeschwerde legitimiert sind.

In der Literatur wird vereinzelt²⁴⁾ die Ansicht vertreten, die Verfahrensbeteiligung einschließlich

21) Vgl. oben S. 132

22) Nur wer einen zulässigen Antrag im Sinne des § 51 Abs. 2 Nr. 1 GWB stellt und deshalb nicht nur an der verfahrensmäßigen Zulässigkeitsprüfung, sondern auch an der Sachprüfung als Antragsteller beteiligt ist, macht notwendig einen Rechtsanspruch geltend.

23) Darauf weist auch Malländer, WuW 1965 S. 676 hin; vgl. ferner BGH WuW/E BGH 559 (561) ("Zigaretten") KG WuW/E OLG 541 (543) ("Interessengemeinschaft").

24) Jessen, WuW 1960 S. 491 f; von Köhler, BB 1960 S. 505; ders. VerwArch Bd. 54 (1963) S. 262 ff, insbes. S. 279; von Renthe-Fink, GemK § 3 Anm. 97.

der Beteiligung durch Beiladung begründe ein "Antragsrecht". Da jedem Verfahrensbeteiligten die vollen Verfahrensrechte zustehen, könne auch der Beigeladene den Erlaß einer bestimmten Sachverfügung beantragen²⁵⁾. Das folge auch daraus²⁶⁾, daß gerade die Verfahrensbeteiligten die ergehenden Entscheidungen anfechten können. Die beschwerdemäßige Anfechtung sei nur möglich bei einer Beschwerde, eine Beschwerde wiederum setze die ungünstige Abweichung vom Antrag des Verfahrensbeteiligten voraus. Wenn dem Beigeladenen ein Antragsrecht und die Befugnis, Rechtsmittel einzulegen, verliehen seien, habe dieser auch ein Recht auf Entscheidung über seinen Antrag. Für den Fall, daß die Kartellbehörde den Antrag abweist, sei die Beschwerde nach § 62 Abs. 2 GWB gegeben. Entschidet die Behörde nicht über den Antrag²⁷⁾, stehe nach alledem auch dem Beigeladenen die Untätigkeitsbeschwerde gem. § 62 Abs. 3 GWB zu.

Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, daß gegen eine Bescheid, in dem die Kartellbehörde die Vornahme der begehrten Verfügung ablehnt, die Untätigkeitsbeschwerde das ausschließlich gegebene Rechtsmittel ist²⁸⁾. Dieser Grundsatz ergibt sich nicht nur aus dem Sinnzusammenhang des § 62 Abs. 3 GWB. Er vermeidet auch das sich andernfalls ergebende untragbare Ergebnis, daß es vom Belieben der Kartellbehörde abhängt, welche

25) von Köhler, BB 1960 S. 505

26) So vor allem Jessen aaO.

27) Für von Köhler wird dieser Fall regelmäßig nicht praktisch, da nach seiner Ansicht auch ohne begründeten Bescheid ein anfechtbarer Verwaltungsakt ergangen ist (BB 1960 S. 505; VerwArch Bd. 54 (1963) S. 279 f); nur dann, wenn über einen Beiladungsantrag noch nicht entschieden ist, kommt danach die Untätigkeitsbeschwerde in Betracht (BB 1960 S. 505 r.8p.). - Diese Ansicht, soweit sie das Vorliegen einer anfechtbaren Verfügung betrifft, wird bestätigt durch BKartA (Einspruchs-Abt) WuW/E BKartA 747 (750 f), aber verworfen durch KG WuW/E OLG 677 (678 ff ausführlich) ("Linoleum").

28) Vgl. oben S. 215

Voraussetzungen für die Legitimation zur Beschwerde-
einlegung maßgeblich sind: bei formloser Zurückwei-
sung oder völliger Untätigkeit würden die engeren Vor-
aussetzungen des § 62 Abs. 3 maßgeblich sein, bei Ab-
lehnung durch einen förmlichen Bescheid wären gem.
§ 62 Abs. 2 GWB alle Beteiligten am Kartellverfahren
zur Beschwerde berechtigt²⁹⁾.

Unterstellt man, daß die Verfahrensbeteiligung
einen Rechtsanspruch auf den Erlaß der den Gegenstand
des Kartellverfahrens bildenden Entscheidung begrün-
det, ließe sich daraus die Legitimation der Verfah-
rensbeteiligten allein zur Erhebung einer zulässigen
Untätigkeitsbeschwerde herleiten. Daß sich aus einer
formellen Verfahrensstellung auf den Erlaß der Sach-
entscheidung bezogene materiell-rechtliche Ansprüche
ergeben können, ist indessen weder ein Grundsatz des
allgemeinen Verwaltungsverfahrenrechts noch positiv
für das Kartellverfahren im Gesetz normiert. Zulässig
ist nur der umgekehrte Schluß von der auf eine ho-
heitliche Entscheidung bezogenen Rechtsstellung auf
die Gewährung verfahrensmäßiger Mitwirkung am Zustan-
dekommen dieser Entscheidung³⁰⁾³¹⁾. Die dargestellte
gegenteilige Ansicht impliziert außerdem die unzutref-
fende Konsequenz, der Verfahrensbeteiligte könne durch
Einreichung eines "Antrags" den Erlaß einer die Be-
scheidung seines Antrags betreffenden und damit vom

29) Noch krasser wäre die Rechtslage vor Wegfall des
Einspruchsverfahrens gewesen. Die Kartellbehörde
hätte es durch die Wahl der Form ihrer Entschei-
dung in der Hand gehabt, ob zunächst der Einspruch
gegen den förmlichen Ablehnungsbescheid oder so-
gleich die Untätigkeitsbeschwerde gegen die form-
lose Ablehnung das gegebene Rechtsmittel gewesen
wäre. Die Beschlußabteilungen hätten sich also
nach Belieben der Überprüfung durch die Einspruchs-
abteilung entziehen können, ohne in der Sache eine
unterschiedliche Entscheidung zu treffen.

30) Vgl. oben S. 60, 63.

31) Zutreffend spricht Junge, GemK § 57 Ann. 2 in die-
sem Zusammenhang von einer Überbewertung des rein
verfahrensrechtlichen Antrags der Beigeladenen.

bisherigen Verfahrensgegenstand verschiedenen Verfügung herbeiführen. Damit wird jedoch das Wesen der Rechtsstellung des Beteiligten am Kartellverfahren verkannt. Allein die Kartellbehörde und der Antragsteller bestimmen den Gegenstand des Kartellverfahrens. Die eigentlichen Beteiligtenrechte betreffen nur die Mitwirkung an der den Gegenstand des Verfahrens bildenden Verfügung. Die Beteiligten haben als solche selbst keine Möglichkeit, durch Einreichung eines Antrags die Bescheidung dieses Antrags als neuen Gegenstand in das Verfahren einzuführen. Auch was die Entscheidung der Kartellbehörde in der Sache angeht, haben sie aufgrund ihrer Verfahrensstellung kein Recht auf diese. Nur für den Fall, daß die Kartellbehörde eine Verfügung erläßt, haben sie ein Recht darauf, daß die Verfügung auch an sie ergeht, d.h. ihnen förmlich zugestellt wird (§ 57 Abs. 1 GWB). - In der Rechtsprechungspraxis³²⁾ wird es deshalb zu Recht abgelehnt, in der Geltendmachung der Verfahrensstellung durch einen Beigeladenen eine zulässige Untätigkeitsbeschwerde zu sehen. Lediglich die Legitimation zur Beschwerde gegen bereits erlassene Sachverfügungen der Kartellbehörde knüpft an die Beteiligtenstellung im vorausgehenden Kartellverfahren an.

II. Die Beteiligung am Beschwerdeverfahren

Am Verfahren vor den Beschwerdegerichten sind zuallererst, unabhängig von einer Beteiligung am Kartellverfahren, die "Parteien" des Beschwerdeverfahrens beteiligt, nämlich der Beschwerdeführer (§ 66 Abs. 1 Nr. 1 GWB) sowie die Kartellbehörde, deren Verfügung angefochten wird (§ 66 Abs. 1 Nr. 2). Im übrigen aber werden Zusammenhänge zwischen der Beteiligung am Beschwerde- und dem vorausgehenden Kartellverwaltungsverfahren sichtbar. Am Verfahren, die die Verfügung

32) KG WuW/E OLG 540 (543) ("Interessengemeinschaft") mit in der Tendenz übereinstimmender Begründung. - Zur parallel liegenden Problematik bei der Rechtsbeschwerde vgl. die übereinstimmenden Ausführungen des BGH, WuW-BGH 559 (561) ("Zigaretten").

einer Landeskartellbehörde betreffen, ist hier wie dort das Bundeskartellamt beteiligt (§§ 66 Abs. 2, 51 Abs. 3 GWB).

Weniger eindeutig ist die Beteiligtenregelung der zum Kartellverfahren Beigeladenen. Nach dem Wortlaut des § 66 Abs. 1 Nr. 3 GWB scheint neben der formellen Beiladung zum Kartellverfahren wiederum das materielle Merkmal vorausgesetzt zu sein, daß die Interessen des Beigeladenen durch die Entscheidung erheblich berührt werden. Da aber die Beiladungsverfügung selbständig anfechtbar ist³³⁾, würde diese Auslegung zu einer prozeßtechnisch undenkbaren doppelten Nachprüfungsmöglichkeit der Beiladungsverfügung führen³⁴⁾. Die betreffende Formulierung des § 66 Abs. 1 Nr. 3 GWB ist deshalb als bloße Wiederholung der in § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB normierten Voraussetzung der Beiladung zum Kartellverfahren zu verstehen. Die Beteiligung am Beschwerdeverfahren steht somit den formell zum Kartellverfahren Beigeladenen zu³⁵⁾.

Damit ist nun noch nicht gesagt, daß sämtliche am Kartellverfahren Beteiligten einschließlich der Hauptbeteiligten auch am nachfolgenden Beschwerdeverfahren beteiligt sind, denn der nach § 66 Abs. 1 Nr. 1 GWB beteiligte Beschwerdeführer braucht nicht unbedingt einer der Hauptbeteiligten des Kartellverfahrens zu

33) Vgl. oben S. 113 ff, 116

34) Zweigert, GemK § 66 Anm. 3

35) Mit diesem Ergebnis: Zweigert aaO und in Jessen-Reimann-Zweigert, § 66 unter IV; Müller-Gries (1. Aufl.) § 66 Anm. 1. Langen, § 66 Rdn. 5 und Jessen, in: Jessen-Reimann-Zweigert, § 51 Anm. 3 d dd) meinen, die sachliche Bedeutung der Wiederholung liege darin, daß die Kartellbehörde auch noch bei Anhängigkeit des Beschwerdeverfahrens beiladen könne. M.E. ist insoweit die Wiederholung der sachlichen Voraussetzung ebenfalls überflüssig, weil auch für die nachträgliche Beiladung allein § 51 Abs. 2 Nr. 4 maßgeblich ist.

sein. Diese Konstellation wird vor allem³⁶⁾ bei der beschwerdemäßigen Nachprüfung eines Kartell-Antragsverfahrens dann praktisch, wenn der Beschwerdeführer nicht der Antragsteller ist, der das Kartellverfahren in Gang gesetzt hat, sondern ein Beigeladener, der sich damit gegen eine den Antragsteller begünstigende Verfügung zur Wehr setzt. Da der Antragsteller weder als Beschwerdeführer nach § 66 Abs. 1 Nr. 1 GWB noch als Beigeladener nach § 66 Abs. 1 Nr. 3 GWB³⁷⁾ anzusehen ist, scheint die Beteiligung am Beschwerdeverfahren für diese zentrale Figur des vorangegangenen Kartellverfahrens nicht vorgesehen zu sein. Dennoch wird man mit der Entscheidungspraxis³⁸⁾ und der Literatur³⁹⁾ den als Antragsteller am Kartellverfahren Beteiligten in jedem Falle als Beteiligten des Beschwerdeverfahrens behandeln müssen, da ja er der eigentliche Gegner des beschwerdeführenden Beigeladenen ist, welcher lediglich formell seine Beschwerde gegen die den Antragsteller begünstigende kartellbehördliche Entscheidung zu richten hat.³⁹⁾

Die Beteiligung am Kartellverfahren ist nach alledem für die Beteiligung am nachfolgenden Beschwerdeverfahren von erheblicher Bedeutung. Teilweise wird ausdrücklich an die Beteiligung am Kartellverfahren angeknüpft, zum Teil erweist sich eine über den Gesetzeswortlaut hinausgehende Beteiligung am Beschwerdeverfahren von Hauptfiguren des Kartellverfahrens

36) Die beschwerdemäßige Anfechtung einer Entscheidung, die sich gegen Marktteilnehmer richtet (§ 51 Abs. 2 Nr. 2 GWB), wird in der Regel durch diese selbst geführt. Wird etwa durch das BKartA Beschwerde eingelegt, können sich die Betroffenen der Beschwerde anschließen. In diesen Fällen sind die Hauptbeteiligten also als Beschwerdeführer am Beschwerdeverfahren beteiligt.

37) Im Beschwerdeverfahren ist eine nachträgliche Beiladung nicht möglich, weil das Beschwerdegericht selbst nicht beiladen kann, andererseits die Kartellbehörde nach Einlegung der Beschwerde nicht mehr tätig werden kann; vgl. Zweigert, GemK § 66 Anm. 2.

38) KG, WuW/E OLG 317 ("Tapeten"); KG, Beschl. v. 29.6.1965 (Wettbewerbsregeln der Bauindustrie), DKP K VIII - 20 S. 276.

39) Zweigert, GemK § 66 Anm. 2 mit ausführlicher Begründung; Langen, § 66 Rdn. 3.

als notwendig. Allgemein läß sich daher sagen, daß die Beteiligten des Kartellverfahrens regelmäßig auch am Beschwerdeverfahren teilnehmen.

III. Die Legitimation zur Rechtsbeschwerde

Gegen die in der Hauptsache erlassenen Beschlüsse der Beschwerdegerichte sieht das GWB in den §§ 73 ff eine letztinstanzliche Rechtmäßigkeitskontrolle durch den Bundesgerichtshof im Wege der Rechtsbeschwerde vor. Die Legitimation zur Einlegung der Rechtsbeschwerde wird der Kartellbehörde, um deren Entscheidung es geht, sowie den am Beschwerdeverfahren Beteiligten zugestanden, deren Rechte durch die Entscheidung beeinträchtigt sind (§ 75 Abs. 1 GWB). Es wird also an die Beteiligung am Beschwerdeverfahren angeknüpft, nicht an die Verfahrensbeteiligung nach §§ 51 ff GwB. Da aber die am Kartellverfahren Beteiligten in der Regel auch am Beschwerdeverfahren teilnehmen, sind diese auch generell zur Einlegung der Rechtsbeschwerde befugt, soweit ihre Rechte durch die Entscheidung im Sinne des § 75 Abs. 1 beeinträchtigt werden. Es kommt also darauf an, ob und wann die Beteiligten des Kartellverfahrens eine Rechtsbeeinträchtigung geltend machen können. Insoweit wird die gleiche Frage aufgeworfen wie bei der Prüfung der Legitimation der Verfahrensbeteiligten zur Einlegung der Untätigkeitsbeschwerde. Die gleiche Antwort kann aber nur dann gegeben werden, wenn der Begriff der Rechtsbeeinträchtigung des § 75 Abs. 1 GWB sich mit demjenigen der Untätigkeitsbeschwerde deckt.

In Rechtsprechung⁴⁰⁾ und Literatur⁴¹⁾ werden dem Begriff der Rechtsbeeinträchtigung des § 75 Abs. 1 GWB die Grundsätze zugrunde gelegt, die sich im Verwaltungsstreitverfahren zu § 42 Abs. 2 VwGO und im Ver-

40) BGH, WuW/E BGH 559 (560) ("Zigaretten");
BGH, WuW/E BGH 941 (942) ("Fahrlehrer")

41) Zweigert, GemK § 75 Anm. 1. - Dagegen nur mit einem Hinweis auf § 20 FGG: Müller-Gries (1. Aufl.) § 75 Anm. 1

fahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu § 20 FGG herausgebildet haben. Ob eine solche pauschale Verweisung gerechtfertigt ist, erscheint nach den dagegen aufgeworfenen Bedenken⁴²⁾ zweifelhaft. Es wird nämlich nachgewiesen, daß im Beschwerdeverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit entscheidend engere Voraussetzungen zur Anerkennung einer Rechtsbeeinträchtigung gelten als in der verwaltungsgerichtlichen Praxis, was vor allem darin zum Ausdruck kommt, daß die Beschwerdegerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Beeinträchtigung subjektiver Rechte im herkömmlichen Sinn verlangen, während die Praxis der Verwaltungsgerichte die Behauptung der Beeinträchtigung rechtlich geschützter Interessen genügen lassen⁴³⁾. Ob nun dem engeren oder dem weiteren Rechtsbegriff im Rahmen des § 75 Abs. 1 GWB der Vorzug zu geben ist, läßt sich nicht ohne weiteres entscheiden. Einerseits erscheint die Anlehnung an die Rechtsbeeinträchtigung der Verwaltungsgerichtsbarkeit folgerichtig, da die Rechtsbeschwerde an die Stelle der verwaltungsgerichtlichen Revision getreten ist⁴⁴⁾. Andererseits ist das Erfordernis der Rechtsbeeinträchtigung in § 75 Abs. 1 GWB, wie in der Begründung zum Regierungsentwurf⁴⁵⁾ ausdrücklich gesagt wird, in Anlehnung an das Vorbild des § 20 Abs. 1 FGG aufgestellt worden. Der Anlehnung an den Rechtsbegriff des § 20 FGG entspricht auch die Tatsache, daß nach der Vorstellung des Regierungsentwurfs⁴⁵⁾ die Berührung rechtlicher Interessen den Weg der Rechtsbeschwerde nicht sollte eröffnen können⁴⁶⁾. Denn das Erfordernis der Rechtsbeeinträchtigung sollte gerade verhindern, daß die etwa nur durch Beiladung am Kartellverfahren Beteiligten, deren Rechte durch

42) Ausführlich Mailänder, WuW 1965 S. 666 ff mwN einschlägiger Kommentarliteratur.

43) Vgl. dazu die bei Mailänder aaO S. 667 Fn. 49, 50 angeführten Nachweise.

44) Mailänder aaO S. 666

45) Zu § 60 unter 1) (abgedruckt in GemK 1. Aufl. S. 1118).

46) Diese Schlußfolgerung aus der Begründung zum Regierungsentwurf sieht auch der BGH, WuW/E BGH 559 (561 unten) ("Zigaretten").

die Entscheidung nicht berührt werden, die absolute Rechtskontrolle durch den Bundesgerichtshof herbeiführen könnten. Zugleich war in § 42 Abs. 2 Nr. 3 des Regierungsentwurfs für die Beiladung die Berührung rechtlicher Interessen vorausgesetzt worden. Hätte der Gesetzgeber die Absicht gehabt, die Berührung rechtlicher Interessen für die Legitimation zur Rechtsbeschwerde ausreichen zu lassen, wäre die Hinfügung des Erfordernisses der Rechtsbeeinträchtigung zur Ausscheidung der in ihren rechtlichen Interessen berührten Verfahrensbeteiligten aus dem Kreis der zur Einlegung der Rechtsbeschwerde Legitimierten ein untaugliches Mittel gewesen.

Bei Zugrundelegung des am Verwaltungsstreitverfahren orientierten weiten Rechtsbegriffs, der auch demjenigen der Legitimation zur Erhebung der Untätigkeitsbeschwerde entspricht, ist die Legitimation der Verfahrensbeteiligten am Kartellverfahren zur Einlegung der Rechtsbeschwerde ähnlich derjenigen zur Einlegung der Untätigkeitsbeschwerde nach § 62 Abs. 3 GWB⁴⁷⁾ zu beurteilen: Die Verfahrensbeteiligung als solche läßt keine Rückschlüsse auf die Beeinträchtigung von Rechten zu, dagegen vermag eine besondere Beteiligtenstellung wie beispielsweise diejenige des Antragstellers am Kartellverfahren zugleich auch die Beeinträchtigung von Rechten durch die für ihn ungünstige Entscheidung des Beschwerdegerichts zu indizieren.

Legt man dem Erfordernis der Rechtsbeeinträchtigung den an § 20 FGG orientierten engen Rechtsbegriff zugrunde, sagt die Beteiligung am Kartellverfahren erst recht nichts über eine Rechtsbeeinträchtigung durch die Entscheidung des Beschwerdegerichts aus. Darüber hinaus konnte nicht einmal derjenige, der kraft Antragstellung am Kartellverfahren beteiligt ist, in jedem Falle durch Geltendmachung einer Rechtsbeeinträchtigung die Rechtsbeschwerde einlegen. Es

47) Vgl. oben . . .

mißte von Fall zu Fall die Beeinträchtigung subjektiver Rechte im herkömmlichen Sinn festgestellt werden.

IV. Das Recht der Beteiligten, die Unzuständigkeit der Kartellbehörde zu rügen

Kein Rechtsmittel im eigentlichen Sinne stellt das den Verfahrensbeteiligten nach § 52 GWB zustehende Recht dar, die örtliche und sachliche Unzuständigkeit der Kartellbehörde bei dieser zu rügen⁴⁸⁾. Denn mit dieser Rüge wird weder eine Überprüfung der kartellbehördlichen Entscheidung noch unmittelbar der Zuständigkeit der Kartellbehörde durch eine andere Instanz herbeigeführt. Allerdings steht dieses Rügerecht in enger Verbindung zu den Rechtsmitteln, weil, wie im folgenden zu zeigen ist, die Geltendmachung der Unzuständigkeit nach § 52 GWB unerläßliche Voraussetzung dafür ist, daß Beteiligte die Zuständigkeit der Kartellbehörde gerichtlich nachprüfen lassen können.

Für die Verfahrensbeteiligten ergeben sich im Zusammenhang mit der Rüge nach § 52 GWB je nach den verschiedenen dankbaren Situationen unterschiedliche Rechtsfolgen⁴⁹⁾. - Welche Bedeutung hat das Rügerecht zunächst, wenn schon die entscheidende Kartellbehörde selbst sich für unzuständig hält? Die zuerst tätig werdende Kartellbehörde, die sich für unzuständig hält⁵⁰⁾, hat das Verfahren formlos an die nach ihrer

48) Vgl. die ähnliche Regelung in § 26 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren der Kriegsopferversorgung vom 2. Mai 1955 (BGBl I S. 202) sowie Rietdorf, DÖV 1960 S. 617 Fn. 18.

49) Vgl. zum folgenden die übersichtliche Darstellung bei Zweigert, GemK § 62 Anm. 23 ff; ferner Junge, GemK § 52 Anm. 1; Frankf.Komm., § 52 Tz. 3 ff.

50) Die Kartellbehörde hat ihre Zuständigkeit jeweils von Amts wegen zu überprüfen. Vgl. Zweigert aaO Anm. 24; Frankf.Komm., § 52 Tz. 2.

Ansicht zuständige Kartellbehörde abzugeben⁵¹⁾ (§ 45 Abs. 3 GWB). Ist diese ebenfalls der Auffassung, daß sie unzuständig sei, hat sie eine Verfügung zu erlassen, in der sie ein Tätigwerden wegen Unzuständigkeit ablehnt. Die Ablehnung ist wie eine normale ablehnende Verfügung mit Beschwerde und Rechtsbeschwerde⁵²⁾ anfechtbar. Einer Rüge nach § 52 GWB bedarf es somit nicht. Geht dagegen die Kartellbehörde, an die das Verfahren abgegeben wurde, von ihrer Zuständigkeit aus, gilt das, was im folgenden allgemein für den Fall daß die Kartellbehörde ihre Zuständigkeit bejaht, ausgesagt wird.

Das Recht der Beteiligten, die Unzuständigkeit der Kartellbehörde zu rügen, wird erst aktuell, wenn die Kartellbehörde das Verfahren in der Ansicht, sie sei zuständig, weiter betreibt. Über die Geltendmachung der Unzuständigkeit seitens eines Beteiligten kann die Kartellbehörde nach freiem Ermessen schon vor Erlass der Hauptverfügung, aber auch zugleich mit dieser entscheiden⁵³⁾. Sowohl die behördliche Feststellung ihrer

51) Dieser Grundsatz gilt bei Antragsverfahren nicht ohne Einschränkungen. Voraussetzung ist, daß die Kartellbehörde den Verfahrensgegenstand genauso versteht wie der Antragsteller. Beantragt der Antragsteller beispielsweise die Erlaubnis zu einem Strukturkrisenkartell nach § 4 GWB, wofür allein das Bundeskartellamt zuständig ist, und betrachtet das Bundeskartellamt das Kartell lediglich unter dem Gesichtspunkt einer Rationalisierungsabsprache nach § 5 Abs. 2, 3 GdB, für deren Beurteilung wegen der begrenzten Marktbeeinflussung eine Landeskartellbehörde zuständig ist, muß das Bundeskartellamt dem Antragsteller zunächst anheimstellen, seinen Antrag zu ändern. Erst dann ist die Abgabe nach § 45 Abs. 3 G B möglich. Vgl. dazu im einzelnen Frankf. Komm., § 45 Tz. 10.

52) Die Negativentscheidung ist nämlich eine Entscheidung in der Hauptsache (§ 73 Abs. 1 G B). Zweigert aaO Anm. 24 weist darauf hin, daß die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde bei der Negativentscheidung im übrigen sinnvoll ist, da sie immer nur bei Meinungsverschiedenheiten zwischen zwei Kartellbehörden ergangen kann und daher in der Regel grundsätzliche Fragen betrifft, deren Klärung durch den BGH erwünscht ist.

53) Von einer Vorabentscheidung wird die Kartellbehörde immer dann absehen, wenn sie die Rüge für unbegründet und die Sache gleichzeitig in materiell-rechtlicher Hinsicht für entscheidungsfähig hält. Vgl. auch Begründung zum Regierungsentwurf zu § 43 (abgedruckt in GemK 1. Aufl. S. 1112).

Zuständigkeit in der Vorabentscheidung als auch diejenige, die in der Sachverfügung enthalten ist, können von allen Beteiligten, auch denen, die nicht gerügt haben, durch Beschwerde angefochten werden. Durch die Rechtsbeschwerde dagegen kann eine Verfügung, in der die Kartellbehörde ihre Zuständigkeit bejaht, nicht beseitigt werden; gegen die Vorabentscheidung ist die Rechtsbeschwerde unzulässig, weil diese keine Entscheidung in der Hauptsache darstellt (§ 73 Abs. 1 GWB), gegen die Sachverfügung ist die Rechtsbeschwerde insoweit unzulässig, als geltend gemacht wird, daß die Kartellbehörde unter Verletzung des § 44 GWB ihre Zuständigkeiten Unrecht angenommen hat (§ 75 Abs. 2 Satz 2 GWB).

§ 52 GWB will verhindern, daß Entscheidungen der Kartellbehörde nach vielleicht langen und schwierigen Ermittlungen aufgehoben werden mit der Begründung, die Behörde habe sich zu Unrecht für zuständig gehalten. Dieser eigentliche Gesetzeszweck⁵⁴⁾ kommt sichtbar zur Geltung, wenn die Beteiligten von ihrem Rügerecht im Kartellverfahren keinen Gebrauch machen. In diesem Fall nämlich ist die Auffassung der Behörde, sie sei zuständig, für alle Beteiligten und für alle Verwaltungs- und Gerichtsinstanzen bindend⁵⁵⁾.

Wegen der beabsichtigten Bindungswirkung ist die Geltendmachung der Unzuständigkeitsrüge zeitlich zu begrenzen. Die Beteiligten können die Rüge während der gesamten Dauer des Kartellverfahrens bis zum Erlaß der Sachentscheidung geltend machen. Nach der

-
- 54) Vgl. dazu Begründung zum Regierungsentwurf zu § 43 (abgedruckt in GemK 1. Aufl. S. 1112); Frankf.Komm., § 52 Fk. 1; Junge, GemK § 52 Anm. 1.
- 55) Zweigert, GemK § 62 Anm. 25 betont in diesem Zusammenhang, daß selbst bei der Existenz des Einspruchsverfahrens die Einspruchsstelle der Kartellbehörde die Unzuständigkeit auch nicht von Amts wegen berücksichtigen kann; das folge schon daraus, daß es den Beteiligten verwehrt sei, sich zur Zuständigkeitsfrage zu äußern.

letzten Beratung der beschließenden Abteilung⁵⁶⁾ bzw. der Fertigstellung der Verfügung⁵⁷⁾ oder, bei Mündlichkeit, nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung, entfällt das Recht des § 52 GWB, ohne im Beschwerdeverfahren wiederaufzuleben⁵⁸⁾.

V. Das Recht der Beteiligten auf Information über den Verfahrensabschluß

In Zusammenhang mit den Rechtsmittelrechten steht auch die den Verfahrensbeteiligten durch § 57 GWB zugesprochene Berechtigung, über den Abschluß des Kartellverfahrens informiert zu werden. Wird das Kartellverfahren mit einer Verfügung abgeschlossen, erfolgt die Benachrichtigung der Beteiligten durch förmliche Zustellung der begründeten und mit Rechtsmittelbelehrung versehenen Verfügung nach den Vorschriften des Verwaltungszustellungsgesetzes⁵⁹⁾ (§ 57 Abs. 1 GWB). Andernfalls teilt die Kartellbehörde die Verfahrensbeendigung den Beteiligten schriftlich mit (§ 57 Abs. 2 GWB). Mit der Ausstattung dieser Rechte wird es den Verfahrensbeteiligten ermöglicht, in jedem Falle vom Ausgang des Kartellverfahrens und, bei Erlass einer Verfügung, den für die Entscheidung maßgeblichen Gesichtspunkten Kenntnis zu erhalten und damit von den ihnen eingeräumten Rechtsmitteln auch praktischen Gebrauch zu machen.

56) beim Verfahren vor dem Bundeskartellamt

57) beim Verfahren vor der Landeskartellbehörde bzw. dem Bundesminister für Wirtschaft

58) Junge, GemK § 52 Anm. 2

59) vom 3. Juli 1952, BGBl I S. 379

3. Hauptteil

Besonderheiten bei der Beteiligung an einzelnen Verfahren der Kartellverwaltung

§ 13. Die Beteiligung an Antrags- und Amtsverfahren

Die Verfahrensbeteiligung und die Rechtsstellung der Beteiligten unterliegen grundsätzlich im Amtsverfahren keiner anderen Beurteilung als im Antragsverfahren¹⁾. Unterschiede finden sich nur, soweit sich solche aus der Natur des Antragsverfahrens und der Stellung des Antragstellers ergeben. Sie treten in der zeitlichen Dimension der Verfahrensbeteiligung sichtbar hervor. Denn im Gegensatz zum Amtsverfahren wird die Dauer des Antragsverfahrens und damit auch Beginn und Ende der Verfahrensbeteiligung durch den Antragsteller mitbestimmt, dem ja das Recht auf Verfahrenseinleitung durch Antragstellung und die Befugnis zur Rücknahme des Antrags zustehen²⁾.

I. Die Dauer des Amtsverfahrens

Die Einleitung und Beendigung des Amtsverfahrens wird ausschließlich durch die Kartellbehörde selbst bewirkt. Die amtswegige Verfahrenseinleitung steht zumeist im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. Zu verfahrensmäßigem Vorgehen ist sie nur dann verpflichtet, wenn das Gesetz durch Gebrauch der Worte "hat", wie in §§ 2, 3, 12, 31 Abs. 3, 22, 104, und "ist",

- 1) Abgesehen davon, daß die Beteiligtenstellung gem. § 51 Abs. 1 Nr. 1 GWB nur im Antragsverfahren erworben werden kann, ist in beiden Verfahrensarten jede Beteiligtenstellung (§ 51 Abs. 2 Nr. 2 - 4, Abs. 3) möglich. Auch bezüglich der Mitwirkungs- und Rechtsmittelrechte werden die Haupt- und Nebenbeteiligten in beiden Verfahrensarten gleichbehandelt. Vgl. auch oben S. 76 f.
- 2) Schöne, WRP 1960 S. 337 l.Sp. spricht in diesem Zusammenhang von dem Recht, "über den Verwaltungsgegenstand als solchen zu verfügen".

wie in § 11 Abs. 5 GWB, zwingend ein Eingreifen vorschreibt³⁾ und konkrete Anhaltspunkte gegeben sind, die das Vorliegen eines zu beanstandenden Sachverhalts anzeigen. An der Amtswegigkeit der Verfahrenseinleitung ändert sich nichts, wenn die Kartellbehörde die entscheidenden Anhaltspunkte privaten Anzeigen, Anregungen oder auch unwirksamen oder unsulässigen Anträgen entnimmt⁴⁾.

Auf welche Weise die Kartellbehörde das Verfahren einleitet, bleibt ihr überlassen. Damit die Betroffenen ihre Beteiligtenrechte geltend machen und Dritte ihre Beteiligung herbeiführen können, muß es sich nur um Maßnahmen handeln, die nach außen als Verfahrenshandlungen erkennbar sind. Sichere Indizien für eine Verfahrenseinleitung sind solche Maßnahmen, die die Kartellbehörde ausschließlich innerhalb eines Verfahrens erlassen kann, wie etwa die Aufforderung zur Stellungnahme gem. § 53 Abs. 2 GWB, die Beweiserhebung nach § 54 GWB, die Beschlagnahme von Gegenständen nach § 55 GWB oder die Beiladung gem. § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB⁵⁾.

Man könnte auch daran denken, das Verfahren durch den Erlaß einer förmlichen Einleitungsverfügung zu eröffnen, die den potentiellen Beteiligten zurustellen wäre. In der Literatur zum Entwurf des GWB⁶⁾ und im Anschluß daran anfänglich auch in der Kommentierung des Kartellverfahrens⁷⁾ war der Erlaß einer förmlichen Einleitungsverfügung für zwingend erforderlich erachtet worden. Ohne auf eine entsprechende ausdrückliche Regelung im Entwurf zum GWB oder im GWB zurückgreifen zu können, hielt man die Markierung des Verfahrensbeginns durch einen als Eröffnungsmaßnahme

3) Junge, GemK § 51 Anm. 4

4) BKartA, WuW/E BKartA 320, 321 ("Mykawerbung"); Junge aaO; Frankf.Komm., § 51 Tz. 33

5) Dagegen ist das Auskunftsverlangen nach § 46 GWB nicht an ein Kartellverfahren gebunden, kann also schon vor der Verfahrenseinleitung durchgeführt werden. Vgl. Junge, GemK § 46 Anm. 3.

6) Kreifels, NJW 1956 S. 936; Forsthoff, Festschrift für Isay S. 108

7) Zweigert, GemK § 62 Anm. 17 ff; zunächst auch Junge, GemK 1. Aufl. § 51 Anm. 6.

erkennbaren Akt "nach der Logik der gesamten Regelung"⁸⁾ für unentbehrlich. Man berief sich vor allem auf die schwerwiegenden rechtlichen Folgen, die mit dem Verfahrensbeginn erwachsen, wie die Ermittlungs- und Beschlagnahmerechte für die Kartellbehörde und die Mitwirkungsrechte für die Beteiligten⁹⁾. Begrüßt¹⁰⁾ wurde zugleich die mit einer förmlichen Einleitungsverfügung verbundene Konsequenz, den Betroffenen schon vor ihrem Erlaß, also außerhalb des Kartellverfahrens, rechtliches Gehör in der Form zu geben, daß die Kartellbehörde diesen die geplante Verfügung zur Kenntnis bringt und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme gibt, andernfalls aber die Einleitungsverfügung wegen eines formellen Mangels für aufhebbar anzusehen. Mit der Anfechtung der Einleitungsverfügung wäre es möglich, entscheidende rechtliche Fragen vorweg im Rechtsmittelwege zu klären; falls nur die Einspruchs- oder Beschwerdeinstanz die Rechtsauffassung der Beschlußabteilung nicht teilt oder das Ermittlungsergebnis zur Einleitung eines Verfahrens für nicht ausreichend hält, blieben den Betroffenen umfangreiche Beweiserhebungen und die belastende Publizität eines Kartellverfahrens erspart¹¹⁾.

Die Verfahrenspraxis der Kartellbehörden ist über Bedenken gegen eine formlose Verfahrenseinleitung hinweggegangen¹²⁾, weil das Erfordernis und die Konsequenzen einer förmlichen Verfahrenseinleitung zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten führen würden. Der gesamte rechtliche und tatsächliche Fragenkomplex, der nach dem Sinn und Zweck des Verfahrens erst in diesem geklärt werden soll, würde möglicherweise schon vor Verfahrenseinleitung die Beschlußabteilung der Kartellbehörde und im Falle der Anfechtung der Ein-

8) Forsthoff aaO S. 108

9) Zweigert aaO

10) Forsthoff aaO; Zweigert aaO; Kreifels aaO

11) Junge aaO Anm. 8

12) Übereinstimmend die überwiegende Literatur: Frankf.Komm., § 51 Tz. 20; Junge, GemK § 51 Anm. 5; Langen, § 51 III; v.Köhler, BB 1960 S. 504.

leitungsverfügung das Beschwerdegericht beschäftigen. Damit wäre auch die Gefahr der Verzögerung des gesamten Verfahrens gegeben¹³⁾. Der Verzicht auf die übrigen auch im Bußgeldermittlungsverfahren des GAB nicht übliche¹⁴⁾ förmliche Einleitungsverfügung fiel der Praxis um so leichter, als sich ein durch sie möglicher Schutz auch bei formloser Einleitung erreichbar erwies. Die unmittelbar Betroffenen treten in der Praxis zunächst durch einen unverbindlichen Briefwechsel mit der Kartellbehörde in Berührung. Über den Beginn der nach außen gerichteten verfahrensmäßigen Ermittlungstätigkeit müssen sie dann als Beteiligte informiert werden, was ebenfalls formlos geschehen kann. Drittinteressenten, die zum Verfahren beigegeben werden möchten und noch keinen Beiladungsantrag gestellt haben, verschafft auch die förmliche Einleitungsverfügung keine Information über die Einleitung und Existenz des Verfahrens, da sie nur den Beteiligten auszustellen wäre, nicht aber auch allen, die für eine Beiladung in Betracht kommen; die Ermittlung aller Beiladungsfähigen wäre schon aus praktischen Gründen undurchführbar¹⁵⁾.

Im Gegensatz zur Verfahrenseinleitung schreibt das Gesetz für die Beendigung des Kartellverfahrens Förmlichkeit vor. Nach § 57 Abs. 1 GWB schließt die Kartellbehörde das Verfahren durch eine Verfügung ab, die bestimmten formellen Anforderungen zu entsprechen hat¹⁵⁾. Will die Kartellbehörde keine Verfügung erlassen, muß sie den Verfahrensbeteiligten schriftlich mitteilen, daß sie das Verfahren durch Einstellung ihrer Verfahrenstätigkeit¹⁶⁾ beendet hat, § 57 Abs. 2

13) Frankf.Komm., § 51 Tz. 20

14) BGH, NJW 1961 S. 674

15) Begründung, Rechtsmittelbelehrung und Zustellung nach dem Verwaltungszustellungs-gesetz. - Diese Förmlichkeiten haben aber nur Bedeutung für die Ingangsetzung von Fristen, dagegen wird die Verfügung schon mit einfachem Zugang rechtlich wirksam. So das KG, WuW/E OLG 369.

16) Roeder, WuW 1966 S. 951 definiert die Verfahrenseinstellung als "Abschluß des Verfahrens ohne Verfügung".

GWB¹⁷⁾. Diese Mitteilung kann von den Beteiligten nicht angefochten werden, da sie keine verbindliche Verfügung, sondern lediglich eine Information über den tatsächlichen Verfahrensabschluß darstellt. Ist die Mitteilung erfolgt, kann sich die Kartellbehörde den Beteiligten gegenüber auf die Verfahrensbeendigung berufen; zugleich büßt sie selbst die ihr im Verfahren zustehenden Ermittlungs- und Beschlagnahme-rechte (§§ 54, 55 GWB) ein. Eine Mitteilung nach § 57 Abs. 2 GWB erfolgt meist dann, wenn der Betroffene auf die Aufforderung nach §§ 17 Abs. 2, 22 Abs. 4 Satz 2 GWB den beanstandeten Mißbrauch abstellt, ist aber auch in anderen Verfahren gebräuchlich, sobald sich die Sachverfügung als überflüssig erweist¹⁸⁾.

Die Kartellbehörde kann das Verfahren einstellen, sobald der Verfahrensstoff ergibt, daß die gesetzlichen Voraussetzungen für ihr Einschreiten nicht gegeben sind und sich auch im weiteren Verfahren nicht ergeben werden. Auch ein beteiligter Dritter kann nun nicht mehr auf der Fortsetzung des Verfahrens bestehen. Daraus ergibt sich die wichtige Konsequenz, daß Mißbrauchsverfahren gegen marktbeherrschende Unternehmen (§ 22 GWB) eingestellt werden können, ohne daß erst eine öffentliche Verhandlung¹⁹⁾ angesetzt wird. § 53 Abs. 3 GWB schreibt die öffentliche Verhandlung nur für das Verfahren vor, das eine Entscheidung nach § 22 GWB zum Gegenstand hat. Die Verfahrenseinstellung beinhaltet aber gerade das Gegenteil davon, näm-

17) Als Vorbild dieser Regelung dient § 170 Abs. 2 Satz 2 StPO. Vgl. Bericht des BT-Ausschusses für Wirtschaftspolitik, zu § 47 a (GemK 1. Aufl. S. 1202).

18) Junge, GemK § 57 Anm. 1

19) Zur Rechtsstellung der Beteiligten in der öffentlichen Verhandlung vgl. oben S. 193 ff

lich das Absehen von einer Mißbrauchsverfügung²⁰⁾. Außerdem widersprüche es der Funktion des Verwaltungsverfahrens, wenn die Beteiligten zum Erscheinen in einer öffentlichen Verhandlung veranlaßt würden, obwohl die Behörde die Angelegenheit bereits für endgültig abgeschlossen hält²¹⁾. Im Hinblick auf eine Verfahrenseinstellung dient die öffentliche Verhandlung nicht mehr der Sachaufklärung. Allenfalls kann sie von den betroffenen Unternehmen dazu benutzt werden, sich vor der Öffentlichkeit vom "Makel", in ein kartellbehördliches Mißbrauchsverfahren verwickelt worden zu sein, zu reinigen. Derartigen Zwecken ist aber das Kartellverfahren nicht zu dienen bestimmt.

II. Die Dauer des Antragsverfahrens

Auch die Beteiligung am Antragsverfahren hängt von der Existenz eines Verfahrens ab. Vor der Verfahrenseinleitung steht derjenige, der einen wirksamen Antrag

20) Roeder, WuW 1966 S. 949 ff kommt zum gleichen Ergebnis mit der Begründung, die Verfahrenseinstellung sei keine "Entscheidung" oder "Verfügung" im Sinne des § 57 Abs. 1 GWB, da das betroffene Unternehmen nicht in seiner Rechtsstellung beeinträchtigt werde. Diese Argumentation paßt nicht, wenn das Mißbrauchsverfahren auf Antrag Dritter herbeigeführt wird (was nach der hier vertretenen Ansicht möglich ist). Der Dritte ist von der Verfahrenseinstellung möglicherweise in seiner Rechtsstellung betroffen. Die Einstellungsverfügung ist deshalb als gleichzeitige Ablehnung seines Antrages ein Verwaltungsakt und damit eine Verfügung im Sinne des § 57 Abs. 1 GWB. Allerdings, und das ist entscheidend, stellt die Ablehnungsverfügung keine Entscheidung im Sinne des § 22 Abs. 4 GWB dar, bei deren Erlaß allein § 53 Abs. 3 GWB die öffentliche Verhandlung vorschreibt. Ausschlaggebend für den Verzicht auf die öffentliche Verhandlung ist also nicht das Fehlen eines Verwaltungsakts, sondern das Fehlen einer Verfügung gem. § 22 Abs. 4 GWB.

21) Dasselbe gilt auch gegenüber demjenigen, auf dessen Antrag das BKartA ein Mißbrauchsverfahren eingeleitet hat. Seinem Anspruch auf rechtliches Gehör ist Genüge getan worden. Auf ein besonderes Verfahren bei der Gewährung rechtlichen Gehörs hat er dann keinen Anspruch mehr, wenn die Angelegenheit einstellungsreif ist. Vor willkürlicher Verfahrenseinstellung ist er durch seine Legitimation zur Untätigkeitsbeschwerde (§ 62 Abs. 3

gestellt hat, zwar zunächst noch ohne die Beteiligten rechte, aber doch nicht rechtlos da. Er hat einen Anspruch auf Einleitung des Verfahrens, dem die Verpflichtung der Kartellbehörde, die zur Verfahrenseinleitung erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, entspricht.

Die Kartellbehörden beginnen das Verfahren, indem sie den Antrag auf seine Zulässigkeit hin prüfen und bei positivem Ergebnis mit der Sachprüfung fortfahren²²⁾. Wohl aufgrund dieser Behördenpraxis wird die Meinung geäußert, die Antragstellung löse automatisch die Verfahrensbeteiligung des Antragstellers aus²³⁾. Diese Formulierung ist zumindest ungenau, da der falsche Eindruck hervorgerufen wird, der Antragsteller - und nicht die Kartellbehörde - sei es, der das Verfahren einleitet.

Andererseits kann der Antragsteller zur Feststellung der Verfahrenseinleitung auf eine nach außen gerichtete Tätigkeit der Kartellbehörde verzichten. Denn er weiß ja, daß seine Angelegenheit dort geprüft wird. Wenn die Behörde in angemessener Frist ohne ausreichenden Grund untätig bleibt, kann er gemäß § 62 Abs. 3 Beschwerde einlegen.

Andererseits stellt sich die Sachlage aus der Sicht derer dar, die durch Antragsverfahren nachteilig betroffen werden, sei es, daß die beantragte Verwaltungsentscheidung sich gegen sie als Veranlasser von Wettbewerbsbeschränkungen richtet, sei es, daß die beantragte Erlaubnis ihre Rechte oder Interessen berührt. Da das Verfahren nicht auf ihre Initiative zurückzuführen ist, sind sie auf seine Erkennbarkeit genauso angewiesen wie die von Amtsverfahren Betroffenen²⁴⁾. Allerdings ergeben sich dabei keine besonderen Probleme. Denn die Veranlasser, gegen die ein Kartellverfahren beantragt ist, werden von der Behörde

22) Junge, GemK § 51 Anm. 2

23) Reimann, WRP 1957 S. 32; Frankf.Komm., § 51 Tz.35

24) Es kann insoweit auf das zur Einleitung von Amtsverfahren Gesagte verwiesen werden.

unmittelbar zur Rede gestellt. Auch die Erlaubnisverfahren werden früh genug bekannt, da nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 GWB nicht erst die Erlaubnisentscheidungen, sondern bereits die Anträge im Bundesanzeiger veröffentlicht werden.

Für die Beendigung des Antragsverfahrens gilt gleichfalls die durch § 57 GWB vorgeschriebene Formlichkeit. Im Gegensatz zum Amtsverfahren kann die Kartellbehörde aber in Antragsverfahren nicht vom Erlaß einer Verfügung absehen, weil der Antragsteller einen Anspruch auf eine - positive oder negative - Bescheidung hat. Für den Abschluß des Antragsverfahrens gilt deshalb regelmäßig § 57 Abs. 1 GWB. Zu einem solchen Abschluß kommt das Antragsverfahren aber dann nicht, wenn der Antragsteller seinen Antrag zurücknimmt. Mit der Rücknahme ist der Kartellbehörde für eine weitere verfahrensrelevante Tätigkeit der Boden entzogen, denn das Verfahren ist gegenstandslos geworden.

III. Ergebnis

Beginn und Abschluß eines Kartellverfahrens, welches die spezifischen Beteiligtenrechte begründet, wird unmittelbar durch die Kartellbehörde bestimmt. In Antragsverfahren kommt allerdings die Mitwirkung des Antragstellers notwendig hinzu. Der genaue Zeitpunkt von Einleitung und Abschluß muß nach außen erkennbar sein. Er braucht aber nicht immer durch Kartellverfügungen markiert zu werden. Nur Antragsverfahren enden regelmäßig mit einem Verwaltungsakt.

§ 14. Die Beteiligung an Nebenverfahren

Die Beteiligung am Kartellverfahren ist zumeist eine Beteiligung am Hauptverfahren, d.h. einem Verfahren, welches eine selbständige, unabhängig von anderen Verfügungen denkbare kartellbehördliche Entscheidung zum Gegenstand hat. Der zuweilen auftauchende Begriff des Nebenverfahrens läßt fragen, ob auch eine Beteiligung an diesen möglich, und bejahendenfalls, wie diese in den einzelnen Nebenverfahren zu bestimmen ist.

Das Nebenverfahren ist das Verfahren für eine Verfügung, die nach dem Sinnzusammenhang, in den das GWB sie stellt, nur in Verbindung mit einer selbständigen Verfügung denkbar ist, also nur im Hinblick auf diese erlassen werden kann. Das GWB sieht derartige Nebenverfügungen sowohl im materiellen Teil (§§ 19 Abs. 2, 19 Abs. 3 GWB) als auch im Verfahrensteil (§§ 51 Abs. 2 Nr. 4, 54, 55, 56 GWB) vor.

Die Nebenverfügung des GWB darf nicht mit der in der Terminologie des Verwaltungsrechts so genannten¹⁾ unselbständigen Verfügung gleichgesetzt werden. Dort liegt die Unselbständigkeit des Verwaltungsakts in der verminderten Sachverantwortung der handelnden Behörde; der Inhalt einer solchen Verfügung ist durch Gegebenheiten festgelegt, die außerhalb der Entscheidungsbefugnis der sie erlassenden Behörde liegen²⁾. - In einer näheren Beziehung steht die Nebenverfügung des GWB zu solchen Verwaltungsakten, die zu bestimmten Rechtsverhältnissen bestätigend hinsutreten, deren Erlaß aber keine eigenen verwaltungsmäßigen Erwägungen zugrunde liegen; entsprechend vermag der - auch als unselbständige³⁾ oder akzessorische⁴⁾ Ver-

1) Forsthoff, Lehrb. § 11, 3 (8. Aufl. S. 192)

2) Beispiel bei Forsthoff aaO: Eine Behörde (meist Polizei) ist verpflichtet, als Vollstreckungsinstanz einer anderen Behörde ohne eigene Vollzugsgewalt deren Verwaltungsakte zu vollziehen.

3) Walter Jellinek S. 248

4) VGH Stuttgart, DV 1949 S. 660 (verwaltungsbehördliche Genehmigung zu einer Kündigung); OVG Hamburg, DöV 1950 S. 558 (ähnlicher Fall).

fÜgung bezeichnete - Verwaltungsakt nicht eine etwa vorhandene Nichtigkeit des Rechtsverhältnisses zu heilen, sondern setzt deren Bestand voraus⁵⁾⁶⁾. Die Nebenverfügungen des GWB stimmen mit den zuletzt genannten Verfügungen insoweit Überein, als sie nur dann Bestand haben, wenn sie im Hinblick auf ein anderes Rechtsverhältnis ergehen. Beispielsweise kann die Gültigkeitsanordnung nach § 19 Abs. 2 GWB nur im Hinblick auf einen Vertrag ergehen, den die Kartellbehörde nach §§ 17, 18 oder 22 Abs. 4 GWB gleichzeitig für unwirksam erklärt. Im Unterschied zur unselbständigen Verfügung des allgemeinen Verwaltungsrechts handelt es sich bei dem Bezugspunkt aber immer um eine geplante oder bereits erlassene selbständige Verfügung der gleichen Behörde, nämlich der Kartellbehörde. Außerdem untersteht die Nebenverfügung des GWB der vollen Sachverantwortung der sie erlassenden Behörde und unterliegt eigener, von der Hauptverfügung unterschiedener Voraussetzungen.

Den Eigenschaften der Verfügung entsprechen diejenigen des Verfahrens. Auch das Nebenverfahren ist ein eigenes Verfahren, jedoch zugleich abhängig vom Bestand des Hauptverfahrens, d.h. nur im Hinblick auf jenes sinnvoll, ohne ein Hauptverfahren regelmäßig gegenstandslos⁷⁾.

Aus der Tatsache, daß die Nebenverfügung alle Merkmale einer kartellbehördlichen Verfügung besitzt, ergibt sich zwingend der Schluß, daß es an dem dazugehörigen Nebenverfahren Beteiligte geben muß. Denn die Verfahrensregelung des GWB schreibt vor, daß jede Verfügung der Kartellbehörde in einem förmlichen Verfahren ergeht, für welches die §§ 51 ff, also auch die Regelung über die Beteiligung, verbindlich ist.

5) Vgl. S. 240 Fn. 3

6) Vgl. S. 240 Fn. 4

7) Schöne, WRP 1960 S. 337 nennt das Nebenverfahren nach § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB und das Verfahren in der Hauptsache "akzessorisch". Vgl. auch Frankf. Komm., § 51 Tz. 30, 66. Unscharf BKartA, WuW/E BKartA 73 (74) ("Melitta"), wo von einem Verwaltungsverfahren gesprochen wird, "in welchem lediglich zwei zeitlich voneinander getrennte Entscheidungen ergangen sind".

Bei der Bestimmung des am Nebenverfahren zu beteiligenden Personenkreises ist zunächst davon auszugehen, daß die Nebenverfügung im Hinblick auf die Hauptverfügung ergeht. Daraus folgt, daß diejenigen, die das Gesetz an dem verfahrensmäßigen Zustandekommen der Hauptverfügung mitwirken läßt, auch an der Vorbereitung der Nebenverfügung teilnehmen. Die Beteiligten des Hauptverfahrens bilden deshalb den Mindestbestand derjenigen, die am Nebenverfahren beteiligt sind⁸⁾.

Über die bereits am Hauptverfahren Beteiligten hinaus kann das Nebenverfahren auch Auswirkungen auf weitere Personen haben, wie an zwei Beispielen zu zeigen ist. Im Verfahren nach § 19 Abs. 2 GWB⁹⁾ hat der vertraglich Gebundene ein Recht auf Beantragung der Einleitung des Nebenverfahrens. Während er an den Hauptverfahren nach §§ 17, 18, 22 Abs. 4 GWB nicht beteiligt ist, muß ihm, wenn er selbst den Antrag stellt, nach § 51 Abs. 2 Nr. 1 GWB, bei Antragstellung durch denjenigen, gegen den sich das Hauptverfahren richtet, nach § 51 Abs. 2 Nr. 3 GWB das Recht auf Teilnahme am Nebenverfahren zugestanden werden¹⁰⁾.

Als Nebenverfahren wurde bereits das Verfahren gekennzeichnet, das die Entscheidung über einen Antrag auf Beiladung zum Hauptverfahren (§ 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB) betrifft¹¹⁾. Außer den Beteiligten am Hauptverfahren ist daran auch der Beiladungsanwärter gem. § 51 Abs. 2 Nr. 1 GWB beteiligt, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Entscheidung über seine Beteiligung am Hauptverfahren positiv oder negativ ausfällt¹²⁾.

8) Im Ergebnis übereinstimmend: BKartA, WuW/E BKartA 73 ("Melitta"); Frankf.Komm., § 51 Ts. 66.

9) Vgl. dazu oben S. 109

10) Kein Antragsrecht hat der vertraglich Gebundene zur Einleitung des Nebenverfahrens nach § 19 Abs. 3 GWB (vgl. dazu oben S. 111 Fn. 14). Er ist jeweils als Betroffener gem. § 51 Abs. 2 Nr. 3 GWB an diesem Nebenverfahren beteiligt.

11) Vgl. dazu oben S. 113

12) Weitere Beispiele bietet der Frankf.Komm., § 51 Ts. 30, 66.

§ 15. Die Beteiligung an Widerspruchsverfahren

Was Verfahren angeht, die Anmeldekartelle betreffen, muß unterschieden werden zwischen solchen, die das Wirksamwerden von angemeldeten Kartellen von vornherein verhindern sollen (§§ 2 Abs. 3, 3 Abs. 3, 5 a Abs. 3 GWB), und denjenigen, die die Betätigung einmal wirksam gewordener Anmeldekartelle überprüfen und diesen deshalb entgegentreten, weil bestimmte Voraussetzungen nicht mehr vorliegen (§ 3 Abs. 4 GWB für Rabattkartelle) oder mit der Freistellung vom Kartellverbot ein Mißbrauch getrieben wird (§ 12 GWB allgemein für Anmeldekartelle). Die zweite Gruppe gehört zu den Verfahren, die regelmäßig den Typus des Amtsverfahrens zuzurechnen sind, das sich gegen Kartelle usw. im Sinne des § 51 Abs. 2 Nr. 2 GWB richtet. Für die Beteiligung an Verfahren, die dieser Gruppe angehören, dürften sich Besonderheiten nicht ergeben¹⁾.

Es bleiben die sogenannten Widerspruchsverfahren nach §§ 2 Abs. 3, 3 Abs. 3 und 5 a Abs. 3 GWB übrig, in denen nach erfolgter Kartellanmeldung, aber vor Ablauf einer dreimonatigen Widerspruchsfrist durch die Kartellbehörde darüber entschieden werden kann, ob die in den §§ 2 Abs. 1, 3 Abs. 1, 5 a Abs. 1 GWB genannten Verträge wirksam werden sollen oder nicht.

Die Einordnung dieser Verfahren gelingt auf den ersten Blick nicht, da sie atypisch ausgestaltet sind. Die auffälligste Besonderheit besteht darin, daß der Eintritt der Wirksamkeit der angemeldeten Kartelle davon abhängig gemacht wird, daß die Kartellbehörde bis zum Ablauf einer bestimmten Frist eine bestimmte Verfügung, nämlich die Widerspruchsverfügung unterläßt. Bemerkenswert ist weiterhin, daß sich die Kartellanmelder von sich aus an die Kartellbehörde wenden, ohne aber eine positive Tätigkeit von dieser zu verlangen, sondern - im Gegenteil - deren Untätigbleiben erhoffen. Die Widerspruchsverfahren wollen

1) Es kann verwiesen werden auf das oben unter § 6 Gesagte.

deshalb nicht recht in das für Verwaltungsverfahren typische Schema Antragsverfahren - Amtsverfahren passen.

Die Unklarheiten, die sich bei der systematischen Einordnung der Widerspruchsverfahren ergeben, werfen zugleich Fragen auf, die die Beteiligung an diesen Verfahren betreffen. Zunächst ist zweifelhaft, wann überhaupt nach einer Kartellanmeldung von einem Kartellverfahren die Rede sein kann. Ist das schon dann der Fall, wenn die Anmeldung eingegangen ist, ohne daß die Kartellbehörde die Akten einsieht oder sonst etwas unternimmt, oder reicht es aus, wenn sie zwar Verfahrenshandlungen vornimmt, aber von einem Widerspruch vor Fristablauf absieht? Muß die Kartellbehörde das Widerspruchsverfahren mit dem Widerspruch abschließen?

Nicht eindeutig ergibt sich ferner, wann nach der Kartellanmeldung ein Verfahren eingeleitet, wann und wodurch das Verfahren beendet wird. Im Falle eines Verfahrens bleibt offen, ob der Anmelder daran gem. § 51 Abs. 2 Nr. 1 GWB als Antragsteller oder gem. § 51 Abs. 2 Nr. 2 GWB als jemand, gegen den sich das Verfahren richtet, beteiligt ist. Kartellgegner, die am Verfahren beteiligt werden wollen, fragen, falls für sie eine antragemäßige Herbeiführung des Widerspruchsverfahrens ausscheidet, nach der Möglichkeit, sich beiladen zu lassen, sowie nach rechtlichem Schutz für den Fall, daß die Kartellbehörde dem angemeldeten Kartell nicht widerspricht. Ob der Dritte gegen das Unterlassen des Widerspruchs nach Fristablauf als Beteiligter gem. § 62 Abs. 2 GWB im Beschwerdewege vorgehen kann oder aber auf die engeren Voraussetzungen der Untätigkeitsbeschwerde nach § 62 Abs. 3 GWB verwiesen wird, bedarf gleichfalls einer besonderen Klärung.

I. Die Entscheidungen über den Widerspruch

Unbestritten stellt der Widerspruch eine kartellbehördliche Verfügung im Sinne des GWB dar, die nur in einem förmlichen Verfahren gem. §§ 51 ff GWB ergehen kann.

Dagegen wird das Unterlassen des Widerspruchs nach Fristablauf unterschiedlich beurteilt. Von denen, die den "Nichtwiderspruch" als einen Verwaltungsakt und somit als kartellbehördliche Verfügung ansehen²⁾, wird die von der Untätigkeit der Kartellbehörde ausgehende Rechtswirkung auf die privatrechtlichen Beziehungen der Kartellmitglieder als "Bekundung hoheitlicher Gewalt, welche den Rechtskreis der Betroffenen berührt"³⁾, hervorgehoben. Sie werten das Untätigbleiben zugleich als besondere Form der Erlaubnis⁴⁾. Die Besonderheit bestehe nur darin, daß die in einem Schweigen liegende Entscheidung zur vorgesehenen Regelung des Falles führe⁵⁾. Daß ein Verwaltungsakt stillschweigend ergehen kann, entspreche anerkannten Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsrechts⁶⁾ und gelte auch für die Tätigkeit der Kartellbehörden⁷⁾. Jedenfalls stehe der Annahme eines Verwaltungsaktes nicht entgegen, daß § 57 Abs. 1 GWB eine bestimmte Form für Verfügungen der Kartellbehörde vorschreibt. Wenn das Unterlassen des Widerspruchs nicht in der Form des § 57 Abs. 1 GWB nach außen kundgetan werde, so könne man aus dieser Verwaltungspraxis keine

2) Zweigert, GemK § 62 Anm. 8; Reimann, WRP 1957 S. 322 f; v.Köhler, BB 1960 S. 504 f

3) Reimann aaO S. 322

4) Reimann aaO; v.Köhler aaO formuliert: "Materiell kommt das Schweigen einer Genehmigung nahe."

5) Ausführlich v.Köhler aaO (unter Berufung auf Imboden, Verwaltungsrechtlicher Vertrag 1958 S. 151): Die Beschlußfassung über das Untätigbleiben sei ein nach außen wirksames Perfektionselement. - v.Köhler unterscheidet, anders als Reimann, zwischen bewußtem und unbewußtem Untätigbleiben.

6) Vgl. dazu etwa: W. Jellinek S. 270 f; Forsthoff, Lehrb. § 11, 6 (8. Aufl. S. 200 f); Evermann-Fröhler, § 42 Anm. 61.

7) Zweigert aaO Anm. 8 aE; v.Köhler aaO

Schlüsse auf die Rechtslage ziehen⁸⁾. Im übrigen bestehe in diesem Fall auch kein Bedürfnis nach einer formalen Bescheidung⁸⁾.

Die Überwiegend vertretene Gegenmeinung⁹⁾ geht davon aus, daß Anmeldekartelle bei Fristablauf nicht durch eine Verfügung der Kartellbehörde, sondern kraft Gesetzes wirksam werden, falls nicht vorher eine Widerspruchsverfügung dieser gesetzlichen Wirkung entgegengetreten ist. Der angemeldete Kartellvertrag oder -beschluß bedürfe zu seiner Wirksamkeit nicht der positiven behördlichen Zustimmung. Die Behörde habe lediglich die Befugnis, das Wirksamwerden des Vertrages oder Beschlusses zu verhindern. Daß die Kartellbehörde eine Rechtsfolge durch ihr Eingreifen verhindern kann, lasse nicht den Schluß zu, daß auch die bei passivem Verhalten der Behörde eingetretene Rechtsfolge auf einem Verwaltungsakt beruhe¹⁰⁾. Ihre Entschließung, einem Kartell nicht zu widersprechen, könne verglichen werden mit einem Entschluß der Polizei, in einem konkreten Fall nicht gem. § 14 PVG einzugreifen, sondern die Ereignisse ihren Lauf nehmen zu lassen¹¹⁾. Nicht geleugnet wird die Tatsache, daß ein Verwaltungsakt auch durch Stillschweigen ergehen kann. Jedoch werde durch Erwägungen darüber, in welcher Form ein Verwaltungsakt ergehen

8) Ausführlich v.Köhler aaO S. 503 Fn. 1 gegen Gleiß, NJW 1958 S. 530, S. 504 f.

9) BGH, WuW/E BGH 680 ("Linoleum III") = GRUR 1965 S. 558 m. Anm. Ehlers; KG, WuW/E OLG 677 ("Linoleum II"); BKartA, Jahresbericht 1961 (BT-Drucksache IV/378) S. 59; BKartA, Einspruchsabteilung, Schreiben des Vorsitzenden vom 15. November 1961, in WRP 1962 S. 127; Gleiß-Hootz, NJW 1965 S. 231; Mailänder, WuW 1965 S. 677 f; Buschmann, BB 1960 S. 1310; Starck, BB 1960 S. 467; Jessen, WuW 1960 S. 488 ff; Melcher, BB 1958 S. 398; Gleiß, NJW 1958 S. 530; Frankf.Komm., § 2 Tz. 69; Junge, GemK § 57 Anm. 2.

10) So insbesondere BGH aaO

11) Jessen aaO S. 490

kann, nichts über die hier zu beantwortende Frage ausgesagt, ob es für eine bestimmte Rechtsfolge überhaupt auf einen Verwaltungsakt ankommt oder ob die Rechtsfolge unmittelbar kraft Gesetzes eintritt¹²⁾. Im übrigen sei die Übertragung allgemeiner Grundsätze des Verwaltungsrechts entbehrlich, sogar überflüssig, weil das GWB in der Widerspruchsregelung in Verbindung mit § 57 Abs. 2 eine spezielle Regelung getroffen habe; danach sei nämlich ausdrücklich vorgeschrieben, daß das Verfahren bei Unterbleiben des Widerspruchs ohne Verfügung endet. Der übliche Bescheid des Vorsitzenden, mit dem er die Beteiligten über das Unterbleiben des Widerspruchs gem. § 57 Abs. 2 GWB unterrichtet, sei nicht Element des "Nichtwiderspruchs", sondern gehe von der inzwischen kraft Gesetzes eingetretenen Rechtswirksamkeit des Kartells aus¹³⁾.

Der zuletzt genannten Ansicht ist der Vorzug zu geben, weil sie der Funktion der Widerspruchsregelung im Zusammenhang mit der Zielsetzung und Systematik des GWB entspricht. Die Widerspruchsregelung für Anmeldekartelle ist als Kompromißlösung im Widerstreit zwischen dem Verbots- und Mißbrauchsprinzip zu verstehen¹⁴⁾. Konditionen-, Rabatt- und Spezialisierungskartelle sollen, weil sie für weniger gefährlich, unter gewissen Voraussetzungen gar für volkswirtschaftlich wertvoll angesehen werden, erleichtert gebildet werden können. Außerdem soll die Wirksamkeit der genannten Kartelle auf einem beschleunigten Wege ermöglicht werden¹⁵⁾, zumal die Behörden bei der Bearbeitung von Erlaubnisansträgen nicht zu schnellen Entscheidungen neigen¹⁶⁾.

12) BGH aaO

13) Gleiß-Hootz aaO S. 232

14) Vgl. v. Renthe-Fink, GemK § 3 Anm. 88, 91

15) v. Renthe-Fink aaO; ähnlich Mailänder, WuW 1965 S. 678.

16) v. Renthe-Fink aaO weist darauf hin, daß im Falle BKartA, WuW/E BKartA 400 ("Zement") zur Prüfung des Erlaubnisanspruchs für ein Rationalisierungskartell 4 1/2 Jahre benötigt wurden.

Die für Anmeldekartelle vorgesehene Regelung soll daher bewirken, daß die Partner von Kartellverträgen, die den Voraussetzungen der §§ 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 und 5 a Abs. 1 GWB entsprechen, nicht länger als drei Monate auf eine Entscheidung zu warten brauchen¹⁷⁾. Nach Fristablauf sollen sie im Falle behördlicher Untätigkeit spätestens in der Lage sein, ihre Absprache in Vollzug zu setzen, und zwar ohne daß es darauf ankommt, ob die Kartellbehörde überhaupt in der Lage war, die Verträge wettbewerbsrechtlich zu prüfen und sich eine Meinung über ihre Zulässigkeit zu bilden. Es wird mit dieser Verfahrensweise der Tatsache Rechnung getragen, daß in vielen Fällen die Dreimonatsfrist zu einer Überprüfung des angemeldeten Kartells zu kurz ist¹⁸⁾. Bei Rabatt- und Spezialisierungskartellen sind oft Strukturuntersuchungen erforderlich, die einen erheblichen Zeitaufwand beanspruchen¹⁹⁾. Innerhalb der Dreimonatsfrist lassen sich solche Untersuchungen häufig nicht bewältigen, da für die tatsächliche Überprüfung in der Praxis meist nur ein Monat zur Verfügung steht²⁰⁾.

17) Zur Praktizierung sogenannter "Vorverfahren" vgl. oben S. 4 f.

18) Dörinkel, WuW 1961 S. 236 verweist auf einen von Sölter, MA 1960 S. 912 berichteten Fall, in dem die Anmelder mehr als 500 Seiten schriftliches Material unterbreiten mußten, 10 Verbände beige-laden wurden und fast 20 Zeugen und Sachverständige vernommen werden mußten.

19) Zu den Schwierigkeiten bei der Feststellung der Marktstruktur vgl. Günther, MA 1959 S. 275; eingehend ferner Dörinkel aaO, der für ein Sachverständigengutachten allein eine Zeit von 6 bis 9 Monaten ansetzt.

20) Nach Dörinkel aaO S. 237 dauert es etwa einen Monat, bis das BKartA sich darüber schlüssig ist, welche Untersuchungen angestellt werden sollen und bis der Auftrag an den Sachverständigen erteilt ist und die Zeugen geladen sind. Ferner braucht das Amt für die Sichtung und Prüfung der vollzogenen Untersuchungen und für die Formulierung der Entscheidung mindestens einige Wochen, wodurch sich die zur Verfügung stehende Ermittlungszeit auf knapp 4 Wochen vermindert.

Auf dem Hintergrund dieser Zusammenhänge können die §§ 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 und 5 a Abs. 1 GWB nur als gesetzliche Voraussetzungen der Ausnahme vom generellen Kartellverbot des § 1 GWB verstanden werden, an die als gesetzliche Rechtsfolge der Eintritt der zivilrechtlichen Wirksamkeit dann geknüpft wird, wenn die Kartellbehörde innerhalb der Dreimonatsfrist eine gegenteilige Entscheidung zu treffen unterläßt. Allein bei dieser Betrachtungsweise wird das unvertretbare Ergebnis vermieden, der Kartellbehörde generell, also auch dann, wenn sie sich wegen der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit keine eigene Auffassung bilden konnte, die Verantwortung für den Eintritt der genannten Rechtsfolge aufzuerlegen. Die Verantwortung kann eben nur vom Gesetz selbst getragen werden²¹⁾.

Ändert sich an diesem Ergebnis etwas, wenn die Kartellbehörde den Beteiligten ihre Entschlieung, nichts zu unternehmen, vor Fristablauf mitteilt? Die Rechtsnatur einer solchen Unbedenklichkeitserklärung wird in der Literatur teilweise²²⁾ als bloße Mitteilung von der geplanten Untätigkeit, zum Teil²³⁾ aber auch als Verfügung angesehen, die den Eintritt der Wirksamkeit schon vor Fristablauf selbst herbeizuführen vermag. - Anzuerkennen ist zunächst, daß die Kartellbehörde trotz der knapp bemessenen Zeit von drei Monaten bei leicht zu übersehender Sach- und Rechtslage oder bei Vorausgehen eines formlosen Vorverfahrens zuweilen schon in nennenswerter Zeit vor Ablauf der genannten Frist zu der Entschlieung kommen kann, keinen Widerspruch zu erheben. Da wirtschaftliche Tatbestände in der Regel keinen Aufschub vertragen, ist auch das Bedürfnis anerkennenswert, diese Entschlieung vor Fristablauf kund werden zu lassen.

21) Das hat auch zur Folge, daß der Wirksamkeitseintritt keine Bindungswirkung für die Gerichte entfaltet; vgl. Mailänder, WuW 1965 S. 677 mwN.

22) Gleiß, NJW 1958 S. 531; Jessen, WuW 1960 S. 491; Frankf.Komm., § 2 Tz. 61; Müller-Gießler, § 3 Rdn. 45.

23) Müller-Gries (1. Aufl.) § 3 Anm. 31; Junge, GemK § 57 Anm. 2; v.Renthe-Fink, GemK § 3 Anm. 95; Baumbach-Refermehl, § 2 Anm. 15; Buschmann, BB 1960 S. 1310.

Das Kartell kann sich dann immerhin schon darauf einrichten, die Absprache nach Ablauf der Frist in Vollzug zu setzen²⁴⁾.

Bei der Beurteilung der Kundgabe ist zunächst darauf abzustellen, ob sie als unverbindliche Mitteilung ergeht oder ob die Behörde zu erkennen gibt, daß sich die Beteiligten, insbesondere die Anmelder, auf die Erklärung sollen verlassen dürfen. Im erstgenannten Fall handelt es sich schon deswegen nicht um eine Verfügung, weil die Behörde keine verbindliche "Regelung" im Sinne der Lehre vom Verwaltungsakt treffen will.

Aber auch dann, wenn die Kartellbehörde verbindlich erklärt, sie werde von einem Widerspruch absehen, muß nicht zwingend auf einen Verwaltungsakt, erst recht nicht auf eine erlaubnisähnliche Verfügung geschlossen werden. Ob nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen ein Verwaltungsakt vorliegt, wäre an sich davon abhängig zu machen, daß in der Unbedenklichkeitserklärung bereits die endgültige Ausübung des behördlichen Ermessens vorgenommen und damit dem Anmelder durch hoheitliche Anordnung eine begünstigende Rechtsstellung verschafft wird. Diese Frage braucht jedoch hier nicht entschieden zu werden, weil der Sinnzusammenhang des GWB gegen die Qualifizierung der Unbedenklichkeitserklärung als einer hoheitlichen Maßnahme spricht. Es fehlt nämlich an der gesetzlichen Ermächtigung zu einer Verfügung, die ähnlich der Erlaubnis das angemeldete Kartell vor Fristablauf wirksam werden läßt. Ermächtigt ist die Kartellbehörde allein zum Widerspruch bis zum Fristablauf. In Umkehrung dazu²⁵⁾ läßt sich eine Ermächtigung zur bindenden Festlegung auf die Unterlassung

24) Dagegen ist das sofortige Eintreten des Rechtsschutzes weniger vordringlich; denn seitens der Kartellbehörde braucht ein Eingreifen nicht befürchtet zu werden, der Zusammenhalt des Kartells benötigt unmittelbar nach dem Zusammenschluß in der Regel noch keinen rechtlichen Schutz.

25) A.M. Buschmann, BB 1960 S. 1310 f.

des Widerspruchs nur unter dem Vorbehalt²⁶⁾ herleiten, daß eine bis zum Fristablauf eintretende wesentliche Sach- oder Rechtsänderung nicht zu einer anderen Entscheidung zwingt, da andernfalls eine Befugnis über Bord geworfen würde, die nach der gesetzlichen Regelung für alle Fälle bis zum Fristablauf aufrechterhalten bleiben soll. Wenn die Kartellbehörde aber schon nicht vorbehaltlos vor Fristablauf auf ihr Widerspruchsrecht verzichten kann, fehlt es erst recht an der Ermächtigung zur positiven vorzeitigen Kartellgenehmigung. Die Unbedenklichkeitserklärung stellt deshalb ebensowenig wie der "Nichtwiderspruch" eine kartellbehördliche Verfügung dar²⁷⁾.

II. Die Dauer des widerspruchsverfahrens

Bei der Beurteilung der zeitlichen Erstreckung der Beteiligung am Widerspruchsverfahren kann nicht unbeachtet auf die zur Einleitung des Amts- oder Antragsverfahrens dargelegten Grundsätze²⁸⁾ verwiesen werden. Das Widerspruchsverfahren stellt ein Antragsverfahren nur ausnahmsweise, ein Erlaubnisverfahren niemals dar, weil weder der Wirksamkeitseintritt bei Fristablauf noch die Unbedenklichkeitserklärung vor Fristablauf als erlaubnisähnliche Verfügung zu werten ist. Gegenstand eines Verfahrens nach den §§ 2 Abs. 3, 3 Abs. 3 und 5 a Abs. 3 GWB kann nur der Widerspruch sein. Antragsmäßige Verfahrenseinleitung ist nur dann denkbar, wenn Kartellgegner die Erhebung des Widerspruchs beanspruchen können, wie es für die Marktbeteiligten nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 GWB allgemein anerkannt ist²⁹⁾.

26) Ansatzpunkte für die Beurteilung einer trotzdem vorbehaltlos "bindend" abgegebenen vorzeitigen Unbedenklichkeitserklärung, die nicht eingehalten werden kann, bieten etwa die verwaltungsrechtlichen Grundsätze zum Vertrauensschutz und die zivilrechtliche Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage.

27) Ähnlich Frankf. Komm., § 2 Tz. 61 a.L.: "An einen Verzicht auf ein nicht vorhandenes Recht können keine Rechtswirkungen geknüpft sein."

28) Vgl. oben S. 232 ff

29) Vgl. oben S. 87

Regelmäßig werden Widerspruchsverfahren von Amts wegen eingeleitet. Im Gegensatz zu den typischen Amtsverfahren aber eröffnet die Kartellbehörde nicht ohne vorherige Initiative des unmittelbar Betroffenen das Widerspruchsverfahren gegen ihn, da das nur nach seiner vorausgehenden Anmeldung möglich ist. Der Gesichtspunkt, mit der Verfahrenseinleitung den unmittelbar Betroffenen über die geplante Verfügung sowie über bestimmte behördliche Ermittlungsrechte in Kenntnis setzen zu müssen, spielt deswegen keine Rolle. Die Kenntnisnahme Dritter von der möglichen Verfahrenseinleitung ist ebenfalls gesichert, da die Kartellbehörde dazu verpflichtet ist, den angemeldeten Vertrag im Kartellregister einzutragen (§ 9 Abs. 2 GWB) und im Bundesanzeiger zu veröffentlichen (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 GWB). Auch für Gegner von Anmeldekartellen kann demnach ein Bedürfnis dahin, die Einleitung eines Widerspruchsverfahrens durch eine nach außen gerichtete Maßnahme der Kartellbehörde sichtbar zu machen, nicht anerkannt werden.

Ob die Kartellbehörde nun nach der Anmeldung ein förmliches Verfahren einleitet, liegt, ähnlich wie bei anderen Amtsverfahren, ganz in ihrer Hand. Von der Verfahrenseinleitung wird sie etwa absehen, wenn sie von vornherein gegen die geplante Konditionen-, Rabatt- und Spezialisierungsregelung keine Bedenken hat³⁰⁾. Dagegen läßt sich nicht einwenden³¹⁾, die Kartellbehörde müsse verfahrensmäßig tätig werden, weil sie nach der Anmeldung die Veröffentlichung im Kartellregister vorzunehmen und im Bundesanzeiger zu veranlassen hat. Diese Handlungen stehen in keiner Beziehung zu einer möglicherweise zu erlassenden Widerspruchsverfügung; sie dienen der Publizierung der Anmeldung. Es handelt sich daher nicht um verfahrensbezogene Tätigkeiten, sondern lediglich um

30) In der Praxis gehen einer Kartellanmeldung zuweilen Verhandlungen zwischen der Kartellbehörde und den Anmeldern voraus, so daß der angemeldete Vertrag möglicherweise die Vorstellungen der Kartellbehörde in vollem Umfang berücksichtigt.

31) Reimann, WRP 1957 S. 323

einen innerdienstlichen Vorgang³²⁾. Überflüssig ist in diesen Fällen eine Mitteilung gem. § 57 Abs. 2 GWB, da es an einem Verfahren fehlt, das beendet werden könnte, und Beteiligte nach § 51 Abs. 2 und 3 GWB nicht vorhanden sind, an die die Mitteilung zu richten wäre.

Wenn somit nach der Anmeldung nicht in jedem Fall ein Widerspruchsverfahren eingeleitet werden muß, fragt es sich, in welchem Zusammenhang die Vornahme der Verfahrenseinleitung sowie ihr Zeitpunkt von Bedeutung sein können. In der Literatur³³⁾ wird überwiegend davon gesprochen, daß die Anmeldung regelmäßig sofort eine Verfahrenseinleitung auslöse, weil mit der sofortigen Prüfung der Kartellanmeldung durch die Behörde zu rechnen sei. Diese Auslegung verfolgt den Zweck, jeweils nach einer Anmeldung vom Vorhandensein eines Verfahrens auszugehen und demzufolge zu jedem Zeitpunkt beiladen zu können. Die Kartellbehörde soll nicht eine Kartellanmeldung prüfen und gleichzeitig einen Beiladungsantrag ablehnen können mit der Begründung, es fehle an einem Kartellverfahren. Um zu diesem Ergebnis zu kommen, setzt man die Prüfung der Kartellanmeldung mit der Einleitung des Widerspruchsverfahrens gleich.

Das wäre aber nur gerechtfertigt, wenn sowohl die Widerspruchs- als auch die "Nichtwiderspruchsverfügung" Gegenstand des Widerspruchsverfahrens sein können. Zu bedenken ist jedoch, daß allein der Erlaß des Widerspruchs eine Verfügung darstellt, die Verfahrensgegenstand sein kann, die Kartellbehörde aber bei der Prüfung der Kartellanmeldung nicht in jedem Fall schon die widerspruchsverfügung im Auge hat. Wenn beispielsweise die Kartellbehörde lediglich prüft, ob das angemeldete Kartell mit den Vorschlägen, die sie in den Vorverhandlungen den Anmeldern gemacht hat, übereinstimmt, ist damit noch keine Beziehung zu einer später-

32) Im Ergebnis ebenso Gleiß, NJW 1956 S. 531; Gleiß-Hootz, NJW 1965 S. 232.

33) Jessen, LuW 1960 S. 489; Zweigert, GemK § 62 Anm. 8; Frankf.Komm., § 51 Tz. 31.

ren Widerspruchsverfügung hergestellt. Bevor sich die Behörde noch nicht darüber klar geworden ist, ob sie Ermittlungen anstellen soll und ob überhaupt gegen das angemeldete Kartell gerichtete Unternehmungen in Betracht zu ziehen sind, kann nicht von einem Widerspruchsverfahren gesprochen werden.

Zu einem anderen Ergebnis nötigt auch nicht die Sicht beiladungswilliger Kartellgegner. Soweit die Normen des GWB ihre Interessen rechtlich schützen, haben sie es in der Hand, gegebenenfalls mit der Einreichung eines Antrages die Einleitung einer Widerspruchsprüfung zu beanspruchen und durchzusetzen. Im übrigen können sie nach der Konzeption der Verfahrensregelung des GWB nur zu Verfahren, die die Kartellbehörde von sich aus durchführt, zugezogen werden. Folglich ist es unbedenklich, daß die Kartellbehörde, wenn das Unterbleiben eines Verfahrens für sie endgültig feststeht, den Beiladungsantrag unter Hinweis darauf abweisen kann.

Möglich ist es auch, daß sich die Kartellbehörde erst allmählich, vielleicht auch veranlaßt durch tatsächliche oder rechtliche Gesichtspunkte, die der Beiladungsanwärter mit seinem Antrag vorbringt, zur Durchführung des Widerspruchsverfahrens entschließt. Auch in diesem Fall ist es nicht erforderlich³⁴⁾, die Verfahrenseinleitung vorsuverlegen. Ohne daß vor Bescheidung des Beiladungsantrages objektiv ein Hauptverfahren zu existieren braucht, kann die Beiladung im Hinblick auf das zugleich in die Wege geleitete Widerspruchsverfahren erfolgen. Der Bescheid stellt dann die erste verfahrensrelevante Tätigkeit der Kartellbehörde dar, so daß das Widerspruchsverfahren allgemein spätestens mit dem Erlaß eines positiven Beiladungsbescheides als eröffnet anzusehen ist³⁵⁾.

34) A.M.; außer den oben S. 253 Fn. 33 Genannten, Junge, GemK § 51 Anm. 4, der meint, das Kartellverfahren sei auf jeden Fall einzuleiten, wenn im Anschluß an die Veröffentlichung der Anmeldung eines Widerspruchskartells ein Beiladungsantrag gestellt wird.

35) Ähnlich: v.Köhler, BB 1960 S. 504

Das Widerspruchsverfahren kann beendet werden durch eine Unsuständigkeitserklärung nach § 52 GWB, durch Rücknahme der Anmeldung seitens der Anmelder, durch Erlass des Widerspruchs sowie durch Unbedenklichkeitserklärung vor Fristablauf³⁶⁾.

Außer der Entscheidung nach § 52 GWB stellt allein der Widerspruch eine Verfügung dar, für die die Form des § 57 Abs. 1 GWB verbindlich ist. Vor Fristablauf gibt die Kartellbehörde den Beteiligten die Beendigung des Widerspruchsverfahrens durch eine der Form des § 57 Abs. 2 GWB entsprechende Unbedenklichkeitserklärung bekannt. Läßt die Behörde die Dreimonatsfrist untätig verstreichen, kann sie gleichfalls das Verfahren als beendet ansehen und entsprechend die Beteiligten davon gemäß § 57 Abs. 2 GWB unterrichten.

Häufig ist mit dem Wirksamkeitseintritt bei Fristablauf der Fall für die Kartellbehörde aber noch nicht abgeschlossen. Nach §§ 3 Abs. 4, 12 GWB kann sie die einmal begonnene Prüfung, die in der Dreimonatsfrist nicht abgeschlossen werden konnte, fortsetzen und der Entscheidung über die Unwirksamklärung zugrunde legen. Sieht man nun das Verfahren, das die Unwirksamklärung zum Gegenstand hat, als neues selbständiges Verfahren an, endet das Widerspruchsverfahren und die Beteiligung daran generell mit Fristablauf. Wenn man dagegen das Widerspruchsverfahren unmittelbar in das Verfahren nach §§ 3 Abs. 4 bzw. 12 GWB einmünden läßt, bilden diese ein einheitliches Verfahren, welches erst zu einem späteren Zeitpunkt beendet wird.

Das Verfahren vor und nach Fristablauf ist dann einheitlich, wenn die vor Fristablauf den Gegenstand des Verfahrens bildende Widerspruchsverfügung mit der nach Fristablauf ergehenden Unwirksamklärung sachlich gleichgesetzt werden kann. Gemeinsam ist beiden Verfügungen, daß sie einem angemeldeten Kartell den Rechtsschutz versagen. Kein Unterschied besteht zwischen den Widerspruchsgründen und den Voraussetzungen

36) v. Renthe-Fink, GemK § 3 Ann. 93 ff für das Rabattkartell.

der Unwirksamklärungen eines Kartells, wie ein Vergleich der §§ 2 Abs. 3 Satz 2, 3 Abs. 1 und 3, 5 a Abs. 3, 12 Abs. 1 GWB mit den §§ 3 Abs. 4, 12 Abs. 2 Nr. 3 GWB zeigt. Unterschiedlich ist die von beiden Verfügungen ausgehende Rechtsgestaltung: Während der Widerspruch dem Eintritt der Rechtswirksamkeit eines Kartells rechtshemmend entgegentritt, hebt die Unwirksamklärung die bereits eingetretene Rechtswirksamkeit eines Kartells rechtsvernichtend auf. Der Unterschied in der rechtsgestaltenden Wirkung besteht allerdings nur deshalb, weil mit Fristablauf das Kartell, gegen das sich sowohl der Widerspruch als auch die Unwirksamklärung richten, wirksam geworden ist. Allein durch die zwischenzeitliche Veränderung dieses rechtlichen Umstandes ist der gegenüber dem Widerspruch unterschiedliche Ausspruch der Unwirksamklärung bedingt. Daß ein solcher Unterschied die sachliche Gleichartigkeit der genannten Verfügungen nicht beeinträchtigt, erweist sich an dem in § 268 Ziff. 3 ZPO zum Ausdruck kommenden allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsatz³⁷⁾. Danach wird der Verfahrensgegenstand nicht dadurch verändert, daß wegen einer später eintretenden Veränderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse nachher ein anderer Gegenstand begehrt wird. Das gleiche muß auch für die Gleichartigkeit eines Verfahrensgegenstandes gelten, der nicht durch Parteiverhalten, sondern durch die entscheidende Behörde bestimmt wird. Ähnlich argumentiert das Kammergericht³⁸⁾ zur Begründung der hier allgemein für Anmeldekartelle vertretenen Meinung, daß die bei nicht fristgemäßer Erledigung des Prüfungsverfahrens nach § 3 Abs. 1 bis 3 GWB gebotene Fortsetzung des Verfahrens gem. § 3 Abs. 4 GWB mit dem vorangegangenen ein einheitliches Verfahren bildet und folgerichtig die im Widerspruchsverfahren angeordnete Bei-

37) Buschmann, BB 1960 S. 1312 gebraucht diesen Gesichtspunkt zur Stützung seiner Meinung, daß ein Antrag auf Widerspruch nach Fristablauf in einen Antrag auf Unwirksamklärung geändert werden könne. Die Ansicht Buschmanns stimmt im Ergebnis überein mit KG, WuW/E OLG 317 (318 oben) ("Tapeten").

38) WuW/E OLG 540 (543) ("Interessengemeinschaft")

ladung nach Ablauf der Frist des § 3 Abs. 3 GWB aufrechterhalten bleibt. Denn als entscheidender Gesichtspunkt wird hervorgehoben, daß zwischen der Widerspruchsentscheidung vor Fristablauf (§ 3 Abs. 3 GWB) und der Unwirksamklärung nach Fristablauf (§ 3 Abs. 4 GWB) kein sachlicher Unterschied zu finden sei.

Demnach ist der Abschluß solcher Verfahren, die vor Fristablauf eingeleitet und nach Fristablauf fortgeführt werden, davon abhängig zu machen, daß die Kartellbehörde eine Verfügung über die Unwirksamklärung in der Form des § 57 Abs. 1 GWB erläßt oder die Beendigung des Verfahrens, das die Unwirksamklärung zum Gegenstand hat, den Beteiligten gem. § 57 Abs. 2 GWB mitteilt.

III. Die Beteiligtenstellung im Widerspruchsverfahren

Die Beteiligung der Anmelder am Widerspruchsverfahren ergibt sich aus § 51 Abs. 2 Nr. 2 GWB; da Gegenstand des Widerspruchsverfahrens allein der Widerspruch, nicht aber eine erlaubnisähnliche Verfügung sein kann, "richtet" sich das Widerspruchsverfahren gegen die Anmelder³⁹⁾. Geht das Widerspruchsverfahren in ein Verfahren, das die Unwirksamklärung betrifft, über, dann richtet es sich zugleich auch gegen das bei Fristablauf entstandene Kartell, so daß mit diesem Zeitpunkt auch das Kartell gem. § 51 Abs. 2 Nr. 2 GWB am Verfahren beteiligt ist. Die Beteiligtenstellung der Anmelder bleibt unberührt davon, ob das Widerspruchsverfahren von Amts wegen oder auf Antrag eingeleitet wird.

Anders ist es für Kartellgegner, die sich auf ein Antragsrecht berufen können. Bei antragsmäßiger Verfahrenseinleitung sind diese, soweit sie einen entsprechenden Antrag eingereicht und damit ein Wider-

39) Konsequent zieht Reimann, RP 1957 S. 323, auch Anm. 31, der das Unterlassen des Widerspruchs als erlaubnisähnliche Verfügung ansieht, für die Anmelder die Beteiligtenstellung gem. § 51 Abs. 2 Nr. 1 GWB vor.

spruchsverfahren in Gang gesetzt oder sich einem anderen Antrag angeschlossen haben, nach § 51 Abs. 2 Nr. 1 GWB am Widerspruchsverfahren beteiligt; einer Beiladung bedürfen sie nicht⁴⁰⁾. Bei amtswegiger Einleitung des Widerspruchsverfahrens kommt für sie sowie weiterhin für alle Personen und Personenvereinigungen, die eine erhebliche Interessenberührung geltend machen, allein die Beiladung in Betracht⁴¹⁾.

IV. Rechtsmittel der Gegner von Widerspruchs- kartellen

Als Besonderheit hinsichtlich der Rechtsstellung der am Widerspruchsverfahren Beteiligten gilt die vielfach erörterte⁴²⁾ Frage, welche Rechtsmittel den Kartellgegnern gegen den im Laufe des Widerspruchsverfahrens sich ergebenden Wirksamkeitseintritt angemeldeter Kartelle zustehen. Bei dieser Diskussion geht es vor allem darum, ob der beigeladene Kartellgegner zur Beschwerde und, bejahendenfalls, zur anfechtenden Beschwerde nach §§ 62 Abs. 2, 70 Abs. 2 GWB oder zur Untätigkeitsbeschwerde nach §§ 62 Abs. 3, 70 Abs. 3 GWB legitimiert ist, wenn das angemeldete Kartell vor oder mit Fristablauf wirksam wird.

Die Lösung dieser Frage kann bei Zugrundelegung des bisher zum Widerspruchsverfahren Gesagten nicht mehr zweifelhaft sein. Der Wirksamkeitseintritt, der in jedem Fall kraft Gesetzes erfolgt, stellt als solcher keine Verfügung dar, die im Wege einer Beschwerde gem. § 62 Abs. 2 GWB angefochten werden kann. Die Beteiligung am Kartellverfahren legitimiert die Kartellgegner deshalb nicht zur Veranlassung der gericht-

40) BKarta, WuW/E BKarta 747 (750) ("Linoleum").

41) Für die Beteiligung des BKarta an Widerspruchsverfahren der Landeskartellbehörden ergeben sich keine Besonderheiten.

42) Vgl. v. Renthe-Fink, GemK § 3 Anm. 97; Junge, GemK § 57 Anm. 2; Zweigert, GemK § 62 Anm. 8; Frankf. Komm., § 2 Tz. 69; Reimann, WRP 1957 S. 323; Gleif NJW 1958 S. 531; Melcher, BB 1958 S. 398, 399; Starck, BB 1960 S. 467; Buschmann, IE 1960 S. 1310; Jessen, WuW 1960 S. 491; v. Köhler, BB 1960 S. 505; zuletzt Gleiß-Hootz, NJW 1965 S. 231.

lichen Überprüfung des Wirksamkeitseintritts. Eine solche Legitimation ist auch nicht, wie zum Teil⁴³⁾ vorgeschlagen wird, dadurch zu erreichen, daß Beigeladene einen Antrag auf Widerspruch stellen, wobei die dadurch veranlaßte kartellbehördliche Ablehnung mit der Beschwerde nach § 62 Abs. 2 GWB durch die Beteiligten am Kartellverfahren angefochten werden könnte. Wie bereits dargelegt wurde⁴⁴⁾, ist gegen den ablehnenden Bescheid ebenso wie bei Unterlassung jeglicher Bescheidung die Untätigkeitsbeschwerde das einzig gegebene Rechtsmittel. Für Kartellgegner, denen es allein auf die Erlangung einer Rechtsmittelberechtigung im Falle des Wirksamkeitseintritts für das angemeldete Kartell ankommt, ist somit die Beiladung ohne jeglichen Wert. Nicht als Verfahrensbeteiligte, sondern allein bei Geltendmachung eines Rechtsanspruchs auf Erlass einer Widerspruchsverfügung oder, nach Fristablauf, auf Unwirksamklärung⁴⁵⁾ sind Gegner von Konditionen-, Rabatt- und Spezialisierungskartellen zur Beschwerde legitimiert⁴⁶⁾.

43) v. Renthe-Fink, GemK § 3 Anm. 97; Jessen aaO S. 492.

44) Vgl. oben S. 215.

45) Mit Fristablauf wird der vorher auf Widerspruch gerichtete Klageantrag zum Antrag auf Unwirksamklärung, ohne daß eine Klageänderung gegeben ist. Vgl. KG, WuW/E OLG 317 (318 oben) ("Tapeten"); Buschmann, BB 1960 S. 1312.

46) Gleiches Ergebnis: Gleiß, NJW 1958 S. 531; Gleiß-Hootz, NJW 1965 S. 231.

L e b e n s l a u f

Am 15. November 1940 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Paul Hertin und seiner Ehefrau Dr. Grete Hertin geb. Boerger in Bonn geboren.

Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach Besuch der Volksschule in Grevenbrück/Westfalen und des altsprachlichen Zweigs des Aloisiuskollegs in Bad Godesberg legte ich Ostern 1960 an der letztgenannten Schule die Reifeprüfung ab.

In der Folgezeit studierte ich Rechtswissenschaften an den Universitäten Freiburg (Sommersemester 1960 bis Sommersemester 1961), Innsbruck (Wintersemester 1961/62) und Münster (Sommersemester 1962 bis Sommersemester 1963, Sommersemester 1964). Am 9. Januar 1965 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung.

Vom 1. Februar 1965 bis zum 30. April 1966 war ich als Verwalter einer wissenschaftlichen Assistentenstelle am Rechtswissenschaftlichen Seminar der Universität Münster angestellt.

Am 2. Mai 1966 trat ich beim Kammergerichtspräsidenten in Berlin als Referendar in den juristischen Vorbereitungsdienst ein.

